



Würzburger Vorträge  
zur Rechtsphilosophie,  
Rechtstheorie  
und Rechtssoziologie

52

Christian Waldhoff

**Der positive und  
der negative  
Verfassungsvorbehalt**



Nomos Verlag

[https://doi.org/10.5771/9783845478070\\_S1104-05-2023](https://doi.org/10.5771/9783845478070_S1104-05-2023), 23:20:14  
Open Access –  – <http://www.nomos-elibrary.de/agb>



# Würzburger Vorträge zur Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtssoziologie

Herausgegeben von Horst Dreier  
und Dietmar Willoweit

Begründet von Hasso Hofmann, Ulrich Weber <sup>†</sup>  
und Edgar Michael Wenz <sup>†</sup>

Heft 52

Christian Waldhoff

## Der positive und der negative Verfassungsvorbehalt

Überlegungen zu einer Regelungstheorie im  
Grenzbereich von Verfassungsrechtsdogmatik  
und Verfassungstheorie



**Nomos**

Vortrag gehalten am 14. Januar 2016

**Die Deutsche Nationalbibliothek** verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8487-3504-4 (Print)

ISBN 978-3-8452-7807-0 (ePDF)

1. Auflage 2016

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2016. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

# Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung	7
II.	Der Verfassungsvorbehalt – Begriff und Bedeutungsfelder	13
	1. Die verhängnisvolle Begriffsähnlichkeit zum Gesetzmäßigkeitsprinzip	13
	2. „Positiver“ und „negativer“ Verfassungsvorbehalt: Was muss/sollte in die Verfassung, was darf nicht/sollte nicht in die Verfassung aufgenommen werden?	15
	3. Beispiele ausdrücklicher und partieller Verfassungsvorbehalte unter dem Grundgesetz	16
	4. Originärer und abgeleiteter Verfassungsvorbehalt: Verfassungsinhalte zwischen Verfassungsgebung und Verfassungsänderung	18
	5. Begrenzter Befund in der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts	23
III.	Der verfassungsrechtsdogmatische normative Verfassungsvorbehalt als Funktion des Vorrangs der Verfassung	27
	1. Der Vorrang der Verfassung	27
	2. Die Frage nach dem Eigenstand eines Vorbehalts neben dem Vorrang der Verfassung als Frage nach einer normhierarchisch hochgezonten Wesentlichkeitstheorie	30
	a) Der Vorbehalt der verfassungsmäßigen Rechtserzeugung	30
	b) Als Gegenprobe: Vorrang und Vorbehalt der Verfassung in der englischen Verfassung	31
	3. Anwendungsfelder	34
	a) Der Verfassung vorgelagerte Fragen – Numerus clausus der Rechtssetzungsformen?	34

b) Staatsorganisationsrecht: Einfachgesetzliche Einführung direktdemokratischer Elemente in das Grundgesetz?	36
c) Inhaltliche Verfassungsvorbehalte – Die Staatsaufgabendiskussion	38
aa) Staatsaufgaben als Produkt des politischen Prozesses	38
bb) Als Gegenmodell: Explizite Staatsaufgabenvorbehalte	41
IV. Der verfassungstheoretische Verfassungsvorbehalt als Theorie des Verfassungsinhalts	45
1. Diachrone und synchrone Typologie: Was gelangt(e) wann und warum in Verfassungstexte?	45
2. Die Kontingenz von Idealbildern der Verfassung: Vom universalistischen Anspruch zur kontextualisierten Verfassungsfunktionenlehre	56
3. „Verfassungswürdigkeit“ und „Verfassungsunwürdigkeit“ von Verfassungsinhalten als Probleme einer Gesetzgebungslehre der Verfassung?	67
4. Die Problematik des negativen Verfassungsvorbehalts	69
a) Verweisungen und Öffnungen des Verfassungstextes als explizite negative Verfassungsvorbehalte?	69
b) Die Problematik der normhierarchischen Hochzonung inhaltlicher Festlegungen – von der etatistischen zur demokratietheoretischen Argumentation	73
5. Die Bedeutung der Verfassungsgerichtsbarkeit für die Frage des Verfassungsvorbehalts – Vom Vorbehalt zur Bestimmtheit der Verfassung?	77
6. Einflüsse der Inter- und Supranationalisierung auf notwendige Verfassungsinhalte	80
V. Schluss: Verfassungsinhalt und Verfassungsfunktion	87

## I. Einleitung\*

Was gelangt wann und warum in eine Verfassung, was wird warum nicht in ihren Text aufgenommen? Gibt es notwendige Verfassungsinhalte? In schlagwortartiger Verdichtung könnte man die Frage nach einem positiven bzw. negativen „Verfassungsvorbehalt“<sup>1</sup> stellen und mit einem an einen der berühmtesten Vorträge dieser Reihe anknüpfenden Untertitel präzisieren<sup>2</sup>.

*Josef Isensee* stellt bündig fest: „Es gibt keine vorstaatliche Norm, die vorschreibe, was in einem Staatsgrundgesetz stehen müsse und dürfe und was nicht.“<sup>3</sup> *Hermann Heller* führte in seiner Staatslehre 1934 aus: „Die Verfassungsurkunden enthalten zwar typische Inhalte; theoretische Grundsätze für einen Vorbehalt des Verfassungsgesetzes existieren aber nicht. Darüber, was die Verfassungsurkunde regelt, entscheiden, wie beim allgemeinen Gesetzesvorbehalt, die Tradition, die politische Zweckmäßigkeit, die Machtlage und das Rechtsbewußtsein.“<sup>4</sup> Damit sind zugleich die beiden methodischen Zugriffe des Nachdenkens über Verfassungsinhalte angesprochen: die normative und die theoretische Ebene. Der einzige ernstzunehmende deutschsprachige Gesamtversuch, Regelungsebenen als Problem einer „demokratischen Kompetenzordnung“ zu begreifen, stammt nicht zufällig von *Georg Müller* aus der Schweiz<sup>5</sup>. Vor diesen Fragen und vor die-

\* Für wertvolle Unterstützung, Zuarbeit und Diskussionsbereitschaft danke ich *Holger Grefrath*, *Oliver Lepsius*, *Florian Meinel*, *Christoph Möllers*, *Christian Neumeier*, *Dominik Rennert* und *Matthias Roßbach*.

1 Anders als beim Vorbehalt des Gesetzes/Gesetzesvorbehalt bietet sich hier keine Differenzierung zwischen Verfassungsvorbehalt und Vorbehalt der Verfassung an, vgl. *Stefan Pitzen*, *Der Vorbehalt der Verfassung*, 2013, S. 29 ff.

2 *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, *Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes – ein Grenzbegriff des Verfassungsrechts* (=Würzburger Vorträge zur Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtssoziologie, 4), 1986 (wieder abgedruckt in *ders.*, *Staat, Verfassung, Demokratie*, 1991, S. 90 ff.).

3 *Josef Isensee*, *Vom Stil der Verfassung*, 1999, S. 40.

4 *Herrmann Heller*, *Staatslehre*, 1934, hier zitiert 6. Aufl. 1983, S. 311.

5 *Georg Müller*, *Inhalt und Formen der Rechtssetzung als Problem der demokratischen Kompetenzordnung*, 1979, der sein Projekt als „juristische Regelungstheorie“ begreift (S. 2 f.): „Was in die Verfassung, ins Gesetz und in die Verordnung gehört,



sem Hintergrund sollen im Folgenden Bausteine einer Regelungstheorie, begrenzt auf das Verhältnis von Verfassung und Gesetz, abgeschichtet werden<sup>6</sup>.

Woher kommt die Begrifflichkeit „Verfassungsvorbehalt“? Wir können und müssen hier nicht wie bei *Böckenfördes* Thema der verfassungsgebenden Gewalt bis auf den *Abbé Sieyès* in der Französischen Revolution zurückgreifen (obgleich die *déclaration des droits de l'homme et du citoyen* noch eine prominente Rolle spielen wird) oder auf *Carl Schmitts* Verfassungslehre, durch welche die Denkfigur der verfassungsgebenden Gewalt des Volkes nachhaltig in die deutsche Diskussion eingeführt worden war<sup>7</sup>, sondern werden – neben dem wenig beachteten Heller-Zitat – terminologisch in der Frühgeschichte der Bundesrepublik fündig. Soweit ersichtlich stammt der Begriff Verfassungsvorbehalt im hier verwendeten Sinn<sup>8</sup> – abgesehen von dem oben zitierten Heller-Passus – von dem niedersächsischen Ministerpräsidenten *Hinrich Wilhelm Kopf* aus den beginnenden 1950er Jahren. *Kopf* verwendete ihn in seinem Debattenbeitrag in der Diskussion, die spä-

war seit jeher umstritten. Im planenden, lenkenden und leistenden Staat sind die herkömmlichen Vorstellungen über den Inhalt der Rechtssetzungsformen und die damit verknüpfte Verteilung der Regelungskompetenzen auf die Organe der Rechtssetzung vollends ins Wanken geraten“ (ebd., S. 3 f.); vgl. aber ferner auch *Oliver Lepsius*, *Rechtswissenschaft in der Demokratie*, *Der Staat* 52 (2013), S. 157 (167): „Zudem war es eine Errungenschaft des Verfassungsstaates, daß er Souveränitätsfragen zu Kompetenzfragen umbildete und dadurch auf diese Kategorie verzichten konnte“.

6 Überschneidungen – freilich auch deutliche Unterschiede – existieren zu Konzepten, Rechtswissenschaft insgesamt als Regelungswissenschaft zu verstehen; für die sog. Neue Verwaltungswissenschaft *Andreas Voßkuhle*, *Neue Verwaltungsrechtswissenschaft*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. 1, 2. Aufl. 2012, § 1 Rdnr. 15: „rechtsetzungsorientierte Handlungs- und Entscheidungswissenschaft“; für die Fruchtbarmachung von Governance-Forschung *Gunnar Folke Schuppert*, *Governance und Rechtsetzung*, 2011, S. 112 ff.

7 *Carl Schmitt*, *Verfassungslehre*, 1. Aufl. 1928, S. 75 ff.; die Kategorie war über *Sieyès* bekannt, spielte in der staatsrechtlichen Erörterung, soweit ersichtlich, jedoch keine Rolle.

8 Anders dagegen der Sprachgebrauch bei *Werner Kagi*, *Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates*, 1945, S. 65, der den „Vorbehalt der Verfassung“ mit der „materiellen Verfassung“ gleichsetzt.

ter unter dem Schlagwort „Der Kampf um den Wehrbeitrag“ berühmt wurde. Es handelte sich um eine frühe verfassungsrechtsdogmatische Auseinandersetzung unter Rückgriff auf Verfassungstheorie<sup>9</sup>. *Horst Ehmke* hat diese politisch-juristische Diskussion treffend charakterisiert: „Im sogenannten Wehrprozeß ging es [...] im Grunde allein um die Frage, was eine Verfassung und ein Verfassungsstaat eigentlich sind.“<sup>10</sup> Während der Eskalation des Kalten Krieges, u. a. durch die Koreakrise, forderten die westalliierten Siegermächte schon bald einen (west-)deutschen Wehrbeitrag ein<sup>11</sup>. Die notwendige Einbindung der wiederbewaffneten jungen Bundesrepublik sollte durch die Europäische Verteidigungsgemeinschaft EVG, d.h. durch multinationale Streitkräfte gewährleistet werden. Die Bundesregierung unter *Adenauer* sah hierin eine Chance der frühzeitigen Rückgewinnung staatlicher Souveränität und wollte angesichts der zunächst bestehenden politischen Chancenlosigkeit einer Grundgesetzergänzung die Wiederbewaffnung unterverfassungsrechtlich, d.h. einfachgesetzlich verwirklichen. Das führte nicht nur zur Anrufung des Bundesverfassungsgerichts<sup>12</sup>, sondern zu einer der ersten großen staatsrechtlichen Gutachtenschlachten der Bundesrepublik, in der in interessanter Konstellation etwa Autoren wie *Ernst Forsthoff* und *Karl Loewenstein* gegen die Adenauerregierung Stellung bezogen<sup>13</sup>. Die staatsrechtliche Frage

- 9 Dokumentiert in: *Institut für Staatslehre und Politik in Mainz* (Hrsg.), *Der Kampf um den Wehrbeitrag*, 3 Bde., 1952–1958; Überblick unter hiesiger Fragestellung bei *Albert Bleckmann*, *Der Verfassungsvorbehalt*, JR 1978, S. 221; *Pitzen*, Vorbehalt (Fn. 1), S. 41 ff.
- 10 *Horst Ehmke*, *Prinzipien der Verfassungsinterpretation*, VVDStRL 20 (1963), S. 53 ff. (hier zitiert nach dem Wiederabdruck in: *Peter Häberle* (Hrsg.), *Kommentierte Verfassungsrechtsprechung*, 1979, S. 329 (343 f.)).
- 11 Zum Ganzen *Hans-Peter Schwarz*, *Die Ära Adenauer 1949–1957* (=Geschichte der Bundesrepublik Deutschland, 2), 1981/1994, S. 119 ff.; *Ulrich Herbert*, *Geschichte Deutschlands im 20. Jahrhundert*, 2014, S. 635 ff.
- 12 Vgl. zu dem daraus resultierenden „Machtkampf“ zwischen Bundesregierung und Bundesverfassungsgericht *Jörn Ipsen*, *Der Staat der Mitte. Verfassungsgeschichte der Bundesrepublik Deutschland*, 2009, S. 75 ff.; *Rolf Lamprecht*, *Ich gehe bis nach Karlsruhe. Eine Geschichte des Bundesverfassungsgerichts*, 2011, S. 20 ff.
- 13 Zu *Forsthoffs* Beteiligung *Florian Meinel*, *Der Jurist in der industriellen Gesellschaft*, 2011, S. 402 ff.

ging dahin, ob ohne Grundgesetzergänzung bewaffnete Streitkräfte aufgestellt werden konnten oder ob dies nur wenige Jahre nach Kriegsende und ganz wenige Jahre nach der verfassungsrechtlichen Neukonstituierung einen Niederschlag im Grundgesetz selbst finden musste. Die Bundesregierung argumentierte mit einer unmittelbar aus der „Staatlichkeit“ folgenden Befugnis der Aufstellung von Streitkräften bzw. mit einem „Verfassungswandel“ durch den Korea-Krieg und wurde gutachtlich etwa von *Ulrich Scheuner*, *Erich Kaufmann*, *Richard Thoma*, *Werner Weber* und *Hans Julius Wolff* unterstützt<sup>14</sup>. Der seinerzeitige niedersächsische Ministerpräsident *Kopf* prägte – soweit ersichtlich und wie bereits erwähnt – in diesem Zusammenhang den Begriff des Verfassungsvorbehalts. Der in drei Dokumentationsbänden nachzulesende Streit verlief im Nichts, denn die Europäische Verteidigungsgemeinschaft scheiterte an der Französischen Nationalversammlung, die Anträge beim Bundesverfassungsgericht wurden zurückgezogen und nach der Bundestagswahl 1953 und einer weiter gewandelten politischen Gesamtkonstellation kam die grundgesetzändernde Mehrheit und damit die im Prinzip bis heute geltende Wehrverfassung zustande<sup>15</sup>.

Juristisch durchaus parallel wenn auch politisch wesentlich abstrakter blieb in den 1950er Jahren der Plan, einen Bundeswirtschaftsrat als weiteres, mit Gesetzesinitiativrecht begabtes Verfassungsorgan einfachrechtlich einzuführen<sup>16</sup> – ein ständestaatliche Phantasien der Weimarer Zeit fortsetzendes Projekt, dem immerhin *Ludwig Erhard* (womöglich in Vorwegnahme seines von *Rüdiger Altmann* entwickelten Konzepts einer „formierten Gesellschaft“) nicht völlig ablehnend gegenüber stand. Es fand von der Gewerkschaftsbewegung im Bestreben, Mitbestimmung zu erreichen, bis zur Katholischen Kirche auf der Basis verfehlter ständestaatlicher Ansätze der katholischen Soziallehre

14 Vgl. die Dokumentation *Institut für Staatslehre und Politik in Mainz* (Hrsg.), Wehrbeitrag (Fn. 9).

15 Siehe *Hasso Hofmann*, Die Entwicklung des Grundgesetzes von 1949 bis 1990, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 1, 3. Aufl. 2003, § 9 Rdnr. 44 ff.

16 Siehe zum Folgenden *Meinel*, Jurist (Fn. 13), S. 342 ff.

Anklang. Politisch wurde daraus nichts. Manche sehen den Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung als ganz anders gelagerte Frucht dieser Überlegungen.

Das Thema wird im Folgenden in drei Schritten durchmessen: Zunächst geht es um eine genauere Bestimmung der Fragestellung und darum, was ein Verfassungsvorbehalt sein kann bzw. darunter verstanden wird (unter II.). Anschließend werden zwei Arten von Verfassungsvorbehalten untersucht werden: Der Verfassungsvorbehalt als rechtsdogmatische, d.h. als normative Kategorie (unter III.) und der Verfassungsvorbehalt als rechtstheoretisches Postulat (unter IV.), bevor am Schluss (unter V.) ein Resümee gezogen werden wird.



## II. Der Verfassungsvorbehalt – Begriff und Bedeutungsfelder

### 1. Die verhängnisvolle Begriffsähnlichkeit zum Gesetzmäßigkeitsprinzip

Bei der Redeweise vom Verfassungsvorbehalt bzw. vom Vorbehalt der Verfassung liegt die sprachliche Parallelität zum Gesetzesvorbehalt bzw. zum Vorbehalt des Gesetzes auf der Hand<sup>17</sup>. Der Vorbehalt des Gesetzes bildet zusammen mit dem Vorrang des Gesetzes das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung – ein, wenn nicht *der* Grundbestandteil konstitutionell-liberaler Rechtsstaatlichkeit im 19. Jahrhundert<sup>18</sup>. Der Vorbehalt des Gesetzes wird heute dreifach abgestützt: Historisch als rechtsstaatliche Errungenschaft, unter der neuen Herrschaftslegitimation zusätzlich durch das demokratische Verfassungsprinzip, um wesentliche Entscheidungen dem Parlament vorzubehalten und stets auch durch die Grundrechte, deren Schutzbereiche den Bezirk für Eingriffe kennzeichnen, die dann das Prinzip auslösen<sup>19</sup>. Wie so oft führen oberflächliche begriffliche Parallelen jedoch auch hier in die Irre<sup>20</sup>. Schon der *Vorrang* der Verfassung steht nur in bedingter Parallelität zum Vorrang des Gesetzes. Letzteres bringt nicht mehr und nicht weniger als die Gesetzesgebundenheit der Verwaltung zum Ausdruck, während der Vorrang der Verfassung die normhierarchische Höherrangigkeit postuliert, die im konstitutionellen Staatsrecht noch nicht gegeben war, in Weimar durchzubrechen begann und

17 Näher *Josef Isensee*, Vorbehalt der Verfassung, in: FS für Walter Leisner, 1999, S. 359 ff.

18 *Peter Badura*, Das Verwaltungsrecht des liberalen Rechtsstaates, 1967, S. 22 ff.; *ders.*, Verwaltungsrecht im liberalen und im sozialen Rechtsstaat, 1966, S. 6 f., 8 und durchgehend.

19 Statt aller m.w.N. *Hartmut Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 6 Rdnr. 4 ff.

20 Vgl. auch *Pitzen*, Vorbehalt (Fn. 1), S. 28 f.

unter dem Grundgesetz positivrechtlich entschieden erscheint<sup>21</sup>. Mit der Stufung von Rechtssätzen als Vorrang hat der Vorrang des Gesetzes jedoch nichts zu tun. Die Verfassung ist zwar auch ein Gesetz, nach einer gelungenen Formulierung *Egon Zweigs* jedoch ein „Gesetz für den Gesetzgeber“<sup>22</sup>. In der Organisation der Legislative hat jedoch das Gewaltenteilungsprinzip keine bzw. eine andere Funktion.

Noch deutlicher werden die Unterschiede beim *Vorbehalt* von Gesetz bzw. Verfassung. Sprachlich bedeutet „Vorbehalt“, dass einer bestimmten Institution oder Einrichtung etwas vorbehalten ist i.S.v., dass ohne diese Einrichtung/Institution nicht rechtmäßig gehandelt werden kann<sup>23</sup>. Diese Einrichtung oder Institution könnte man als Bezugspunkt oder Subjekt des Vorbehalts bezeichnen. Der Vorbehalt des Gesetzes verlangt für bestimmtes Agieren der Verwaltung eine formalgesetzliche Grundlage, besitzt im Kern mithin eine gewaltentrennende Dimension. Er grenzt den Handlungsbereich der Verwaltung als selbständige und selbstlegitimierte Staatsfunktion ab von dem Bereich, in dem der Staat für sein Handeln einer gesetzlichen Grundlage bedarf. Verstehen wir vorläufig unter dem Begriff des Verfassungsvorbehalts die Entscheidung, was in der Verfassung normiert werden muss in Abgrenzung zu dem, was dem einfachen Gesetzesrecht überlassen werden darf, handelt es sich demgegenüber wiederum um ein normhierarchisches Problem. Allenfalls bei der Frage, ob es verfassungsunmittelbare Eingriffsermächtigungen als verfassungsimmanente Schranken geben kann<sup>24</sup>, würde beides zusammenfallen.

Einer Übertragung von Argumentationsfiguren aus dem grundlegenden verwaltungsrechtlichen Rechtsinstitut stehen mithin unüberwindliche Hindernisse entgegen. Die Parallelisierung erschöpft sich

21 Zur historischen Entwicklung *Christian Hermann Schmidt*, Vorrang der Verfassung und konstitutionelle Monarchie, 2000; im Überblick *Thorsten Kingreen*, Vorrang und Vorbehalt der Verfassung, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 12, 3. Aufl. 2014, § 263 Rdnr. 7 ff.

22 *Egon Zweig*, Die Lehre vom Pouvoir Constituant, 1909, S. 92.

23 Als Instrument der Abstufung der „Wichtigkeit“ von Normen verstanden bei *Müller*, Rechtssetzung (Fn. 5), S. 211.

24 Dazu BVerfGE 107, 104 (120); *Bodo Piroth/Bernhard Schlink/Thorsten Kingreen/Ralf Poscher*, Grundrechte. Staatsrecht II, 31. Aufl. 2015, Rdnr. 353.

rein sprachlich und führt tendenziell zu Missverständnissen, wie dies auch bei der komplementären Parallelisierung des sogenannten „Verwaltungsvorbehalts“<sup>25</sup> der Fall ist.

2. „Positiver“ und „negativer“ *Verfassungsvorbehalt*: Was muss/sollte in die Verfassung, was darf nicht/sollte nicht in die Verfassung aufgenommen werden?

Die präzisierte Fragestellung geht nun dahin: Was muss in einer Verfassung geregelt sein, was sollte in einer Verfassung geregelt sein? Und als Korrelat: Was darf nicht in eine Verfassung aufgenommen werden, was sollte nicht in eine Verfassung aufgenommen werden? Die erste Fragestellung könnte man als die Frage nach einem „positiven“, die zweite nach einem „negativen“ *Verfassungsvorbehalt* bezeichnen – das sind aber rein terminologische Vorschläge, welche die hier verfolgte Fragestellung auch nicht vollständig abdecken. Durch die Wörter „muss“ bzw. „sollte“ sind die verschiedenen Dimensionen des Phänomens bereits angedeutet: Während ersteres auf eine normative Vorgabe zielt, geht es bei letzterem, losgelöst von rechtlichen Normierungen, um die „gute“, die „richtige“, die „ideale“ Verfassung, ohne dass ein „Verstoß“ zwangsläufig Rechtsfolgen oder Sanktionen nach sich ziehen würde. Schon hier deutet sich an, dass kein anspruchsvoller Begriff der Verfassungstheorie verwendet, sondern die Theorieebene eher negativ als nicht normative, nicht rechtsdogmatische Sphäre begriffen wird<sup>26</sup>.

- 25 Vgl. statt aller *Hartmut Maurer/Friedrich E. Schnapp*, Der Verwaltungsvorbehalt, VVDStRL 43 (1985), S. 135 ff., 172 ff.; *Rupert Stettner*, Der Verwaltungsvorbehalt, DÖV 1984, S. 611 ff.; kritisch zum Begriff auch *Elke Gurlitt*, Verwaltungsvertrag und Gesetz, 2000, S. 167 ff.
- 26 Anspruchsvoller demgegenüber *Matthias Jestaedt*, Die Verfassung hinter der Verfassung, 2009; *ders.*, Verfassungstheorie als Disziplin, in: *Depenheuer/Grabenwarter* (Hrsg.), Verfassungstheorie, 2010, § 1.



### 3. Beispiele ausdrücklicher und partieller Verfassungsvorbehalte unter dem Grundgesetz

Das Erkenntnisinteresse zielt auf die Frage nach einem *allgemeinen* Verfassungsvorbehalt. Dass Entsprechendes punktuell in Verfassungen geregelt ist, führt – wie stets – zu der Frage, ob dies verallgemeinerungsfähig ist oder Ausnahmefälle verdeutlicht. Ausdrückliche bzw. partielle Verfassungsvorbehalte sind dem Grundgesetz nicht unbekannt<sup>27</sup>. Markanteste Beispiele sind die Modi bundesstaatlicher Kompetenzverteilung<sup>28</sup>: „Die Ausübung der staatlichen Befugnisse und die Erfüllung der staatlichen Aufgaben ist Sache der Länder, soweit *dieses Grundgesetz* keine andere Regelung trifft oder zulässt“ heißt es in der Zentralnorm des Art. 30 GG. Dies wird in Art. 70 Abs. 1 und Art. 83 für zwei konkrete Staatsfunktionen aufgenommen und ausgeführt<sup>29</sup>. In bundesstaatlicher Hinsicht enthält das Homogenitätsgebot des Art. 28 Abs. 1 GG normative Vorgaben für die Landesverfassungen einschließlich der Organisation der kommunalen Ebene. Die bisher genannten Normen können als „föderale Verfassungsvorbehalte“ verstanden werden.

Als ungeschriebener materieller Verfassungsvorbehalt tritt uns die vom Bundesverfassungsgericht entwickelte Dogmatik der Einschränkung vorbehaltslos gewährleisteter Grundrechte mittels verfassungsimmanenter Schranken entgegen: Unterliegt ein Grundrecht keinem Gesetzesvorbehalt, kann es nur auf der Grundlage konkurrierender Grundrechte Dritter oder anderer mit Verfassungsrang ausgestatteter Rechtsgüter eingeschränkt werden<sup>30</sup>. Richtigerweise ist auch hier ein

27 *Kingreen*, Vorrang und Vorbehalt der Verfassung (Fn. 21), Rdnr. 41 schlägt vor, terminologisch zwischen dem (allgemeinen) Verfassungsvorbehalt und den „konkreten Grundgesetzbefehlen“ zu unterscheiden.

28 Vgl. auch *Pitzen*, Vorbehalt (Fn. 1), S. 31 ff.

29 Hervorhebung nur hier; *Christian Hillgruber*, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Loseblattsammlung, Art. 30 Rdnr. 181 ff. (Stand der Kommentierung: 126. Lieferung Dezember 2006); *Wilfried Erbguth*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 7. Aufl. 2014, Art. 30 Rdnr. 35.

30 Etwa seit 1970 scheint diese Rechtsprechung konsolidiert, vgl. nur BVerfGE 28, 243 (261) zum Grundrecht auf Kriegsdienstverweigerung aus Art. 4 Abs. 3 GG;

Gesetz als Eingriffsgrundlage nötig, da verfassungsunmittelbare Grundrechtsschranken die Verwaltung in die Beliebigkeit entlassen würde<sup>31</sup>. In jedem Fall ist jedoch eine verfassungsrechtliche Rückkopplung erforderlich. Welche regulierende Kraft diese verfassungs-immanenten Schranken besitzen, ist unklar und sollte nicht überschätzt werden. In jedem Fall handelt es sich hierbei zwar nicht um einen *expliziten*, wohl aber einen *partiellen* Verfassungsvorbehalt.

Als ausdrückliche negative Verfassungsvorbehalte können Verweisungen und Öffnungen des Verfassungstextes<sup>32</sup> verstanden werden: Art. 38 Abs. 3 GG verweist hinsichtlich des Wahlrechtssystems durch seinen staatsorganisationsrechtlichen Gesetzesvorbehalt auf das einfache Bundesgesetz. Art. 40 Abs. 1 Satz 2 GG räumt dem Bundestag als kollegialem Verfassungsorgan Geschäftsordnungsautonomie ein als Befugnis, die Binnenorganisation durch diese Rechtsatzform zu regeln. Öffnungsklauseln finden sich auch in Art. 25 GG hinsichtlich der allgemeinen Regeln des Völkerrechts – hier wird nicht auf einfaches deutsches Gesetzesrecht verwiesen, sondern auf ein auf anderer Legitimationsgrundlage beruhendes Recht. Auch die Kirchenautonomie in Art. 137 Abs. 3 WRV/Art. 140 GG räumt einem anders legitimierten – religiösen – Recht begrenzte Geltungsansprüche ein.

Einer näheren Untersuchung bedürfte die Frage, ob auch die in Art. 79 GG niedergelegten Regeln der Verfassungsänderung einen Verfassungsvorbehalt zum Ausdruck bringen und wenn ja, ob dieser „positiv“ oder „negativ“ ist. Unproblematisch ist dabei zunächst, dass

BVerfGE 30, 173 (193) – „Mephisto“ zum Grundrecht der Kunstfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG; BVerfGE 32, 98 (108) – „Gesundbeter“ zum Grundrecht der Religionsfreiheit aus Art. 4 Abs. 1 GG; insgesamt *Walter Schmidt*, Der Verfassungsvorbehalt der Grundrechte, AöR 106 (1981), S. 497; *Christian Hillgruber*, Grundrechtsschranken, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 9, 3. Aufl. 2011, § 201 Rdnr. 13 ff.; *Detlef Merten*, Immanente Grenzen und verfassungsunmittelbare Schranken, in: ders./Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. 3, 2009, § 60 Rdnr. 76 ff.; *Hans-Jürgen Papier*, Vorbehaltlos gewährleistete Grundrechte, ebd., § 64 Rdnr. 17 ff.

31 *Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher*, Grundrechte (Fn. 24), Rdnr. 353.

32 Insgesamt *Josef Isensee*, Der Selbststand der Verfassung in ihren Verweisungen und Öffnungen, AöR 138 (2013), S. 325 ff.

Art. 79 Abs. 1 Satz 1 GG einen formalen Vorbehalt aufstellt: Das Grundgesetz kann nur durch Gesetz und nur ausdrücklich geändert werden. Komplexer erscheint auch in unserem Zusammenhang der dritte Absatz: Unzweifelhaft handelt es sich bei der Vorschrift um eine materielle Grenze der Verfassungsänderung, die sich freilich vollständig in der verfassten Gewalt hält. Materielle Grenzen der Verfassungsänderung sollen zwar auch die Aufnahme bestimmter Inhalte in eine Verfassung verhindern, es handelt sich jedoch nicht um ein normhierarchisches Verbot, sondern – innerhalb einer bestehen bleibenden Legalität – um ein absolutes Verbot. Das geht über den hier zu untersuchenden negativen Verfassungsvorbehalt hinaus.

Im Folgenden interessiert nur noch die Frage, ob es darüber hinaus einen *allgemeinen* Verfassungsvorbehalt gibt oder geben kann; die expliziten Verfassungsvorbehalte werden nicht weiter behandelt<sup>33</sup>.

#### 4. *Originärer und abgeleiteter Verfassungsvorbehalt: Verfassungsinhalte zwischen Verfassungsgebung und Verfassungsänderung*

Spätestens an dieser Stelle ist eine weitere, für unsere Fragestellung grundlegende Unterscheidung einzuführen: Die Frage nach einem Vorbehalt der Verfassung stellt sich unterschiedlich, je nachdem, ob es sich um Verfassungsgebung oder Verfassungsänderung handelt. Damit wird die fundamentale Unterscheidung zwischen *pouvoir constituant* und *pouvoir constitué* zugrundegelegt<sup>34</sup>. Die Lehre von der verfassungsgebenden Gewalt ist in Abgrenzung zu soziologischer oder historischer Beschreibung und politischer Rechtfertigung von Verfassungs-

33 Weitere Beispiele bei *Kingreen*, Vorrang und Vorbehalt der Verfassung (Fn. 21), Rdnr. 42 ff.

34 Der folgende Abschnitt in Anlehnung an *Christian Waldhoff*, Die Entstehung des Verfassungsgesetzes, in: Depenheuer/Grabewarter (Hrsg.), Verfassungstheorie, 2010, § 8 Rdnr. 9 ff.

entstehung eine verfassungstheoretische „Denkfigur“<sup>35</sup>, eine Konstruktion zur normativen und damit im Grundsatz ahistorischen Plausibilisierung des Geltungsgrundes der Verfassung. Der Grenzbegriff der verfassungsgebenden Gewalt beantwortet eine genetische, eine rechtsphilosophische und eine verfassungstheoretische Frage: Der historisch-politische Ursprung der Verfassung, ihr inhaltlicher Geltungsgrund, die Beschreibung der Instanz bzw. tragenden Kraft der Legitimität und die Abgrenzung zwischen Änderung und Beseitigung der Verfassung werden so auf je unterschiedlichen Ebenen beantwortet<sup>36</sup>. Darüber hinaus ist diese Denkfigur, insbesondere, wenn sie in ihrer demokratischen Variante als „verfassungsgebende Gewalt *des Volkes*“ ventiliert wird, von konkreten historischen Anlässen und Umständen nur bedingt ablösbar. Historisch erweist sich die Figur der verfassungsgebenden Gewalt des Volkes als Element einer revolutionären, langfristig einer demokratischen Verfassungstheorie, wie sie in der Französischen Revolution als Prototyp demokratischer Revolution und in den Vorarbeiten *Emmanuel Joseph Sieyès*’ zum Ausdruck kamen, indem die traditionale Herrschaftslegitimation des Königs, der Monarchie durch den Rückgriff auf die prinzipiell ungebundene Entscheidungsgewalt der Nation als verfassungsschöpfende Kraft ersetzt wurde<sup>37</sup>. Das Volk, die Nation<sup>38</sup> als solche sind handlungsunfähig, sie dienen als Referenzpunkte der konkreten Akteure, die im Wege revolutionärer Selbstermächtigung das Heft in die Hand nehmen. *Sieyès* übertrug

35 *Hans-Peter Schneider*, Die verfassungsgebende Gewalt, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 12, 3. Aufl. 2014, § 255 Rdnr. 1.

36 *Böckenförde*, verfassungsgebende Gewalt (Fn. 2), S. 92.

37 *Emmanuel Joseph Sieyès*, Préliminaire de la Constitution, Paris 1789; *ders.*, Qu’est que c’est le tiers état? Paris 1789; grundlegend dazu *Zweig*, Pouvoir Constituant (Fn. 22); *Karl Loewenstein*, Volk und Parlament nach der Staatstheorie der französischen Nationalversammlung von 1789, 1922; *Hasso Hofmann*, Repräsentation, 4. Aufl. 2003, S. 406 ff.; *Murray Forsyth*, Reason and Revolution, 1987; *Thomas Hafén*, Staat, Gesellschaft und Bürger im Denken von Emmanuel Joseph Sieyès, 1994.

38 Zu Geschichte und Funktion des Begriffs der „Nation“ in der französischen Tradition in Abgrenzung zu „Volk“ statt aller *Martin Kriele*, Einführung in die Staatslehre, 6. Aufl. 2003, § 23; *Hafén*, Sieyès (Fn. 37), S. 71 ff.

theologische Begriffe auf die diesseitige Verfassungsordnung<sup>39</sup>: In Abkehr von der göttlichen Einsetzung der Herrschaftsgewalt und des Herrschers wird das Volk als Summe der in der Nation vereinten Menschen souverän. Die Analyse der verfassungsgebenden Gewalt erweist diese nicht als „Fiktion“, auch nicht als bloßes „Sprachbild“, sondern als spezifisch normtheoretische Konstruktion zur Begründung der Frage: Warum gilt die Verfassung in einem juristischen Sinn? Als Grenzbegriff vermittelt die verfassungsgebende Gewalt zwischen Faktizität und Normativität, um eine verfassungstheoretische Aussage machen zu können<sup>40</sup>. Die Frage nach dem Geltungsgrund gehört zur Verfassungstheorie. Sie übersteigt das positive Recht, denn die Geltung, die Normativität einer Verfassung ruht historisch betrachtet zuvörderst auf außernormativen Gegebenheiten. Geltung ist stets normtranszendent: „Die Legitimation der Verfassung ist nicht Thema für die Verfassungsinterpretation, die sich innerhalb des verfassungsrechtlichen Systems bewegt, sondern für die Verfassungstheorie, die es von außen betrachtet.“<sup>41</sup> Geltung ist nicht Gegenstand, sondern Voraussetzung von und für Verfassungsinterpretation. Das kann durch ein Gedankenexperiment verdeutlicht werden: Wäre die verfassungsgebende Gewalt (auch) eine verfassungsrechtsdogmatische Kategorie des geltenden Rechts und ginge man davon aus, dass das Volk als Subjekt dieser Kompetenz diese auch nach Ausübung beibehält, käme man zu dem Ergebnis, dass die konstituierte Verfassung – will sie ihren normativen Anspruch nicht aufgeben – zugleich die Ausübung dieser Kompetenz verbieten, ihr aktiv entgegenzutreten muss: Die verfasste Gewalt muss gegenüber der verfassenden Gewalt ein Revolutionsverbot statuieren<sup>42</sup>. Diese

39 Carl Schmitt, Die legale Weltrevolution, Der Staat 17 (1978), S. 321 (337).

40 Ähnlich Christian Tomuschat, Verfassungsgewohnheitsrecht? 1972, S. 113 f.

41 Josef Isensee, Das Volk als Grund der Verfassung, 1995, S. 9 f., 80.

42 Walter Jellinek, Grenzen der Verfassungsgesetzgebung, 1931, S. 15; Gerd Roellecke, Verfassungsgebende Gewalt als Ideologie, in: Depenheuer (Hrsg.), Aufgeklärter Positivismus, 1995, S. 151 f. unter Rückgriff auf Dietrich Murswiek, Die verfassungsgebende Gewalt nach dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 1978, S. 256; vgl. auch Holger Grefrath, Exposé eines Verfassungsprozessrechts von den Letztfragen?, AöR 135 (2010), S. 221 (239 f.); Art. 21 Abs. 2 GG kann so interpretiert werden.

Perplexität – von manchen in Art. 146 GG verortet – wird vermieden, löst man die Legitimationsfrage vom geltenden Recht ab. Demgegenüber gehören alle Fragen der Verfassungsänderung zur verfassten Gewalt, zum *pouvoir constitué*. Änderungsnormen gehören zum regelmäßigen Inhalt von Verfassungen. Während bei letzterem ein rechtlich konstituiertes Legitimationssubjekt, das rechtlich verfasste Staatsvolk, Bezugspunkt bzw. Träger der Legitimation ist, ist es bei der Verfassungsgebung eine sich letztlich selbstermächtigende, nicht rechtlich verfasste Gruppe; daher auch die kontextabhängigen Unschärfen, ob hier das „Volk“, eine „Nation“ oder eine sonstige Entität „handelt“.

Dieser im Ausgangspunkt dezisionistische Ansatz besitzt für die Verfassungsentstehung nach wie vor hohe Erklärungskraft und entsprechendes Legitimationspotenzial<sup>43</sup>; er ist freilich von diesem punktuell gedachten Ereignis zu lösen und als dauerhafte Legitimationsquelle fruchtbar zu machen<sup>44</sup>. Legitimation wird der Verfassung nicht nur durch und während ihres Entstehungsvorgangs vermittelt, sondern dauerhaft<sup>45</sup>. „Die Verfassungsgebung ist nur Auftakt zur Verfassungsträgerschaft.“<sup>46</sup> Die Verfassungsgebung erschöpft sich nicht in einem dezisionistischen Akt, sondern trägt die Geltung auch kontinuierlich in der Zeit<sup>47</sup>. Sie bricht, wie es für Gründungserzählungen typisch ist<sup>48</sup>, die Brücken zum Vergangenen ab, setzt eine Zäsur, wirkt aber potentiell auf ewig in die Zukunft hinein. Die Einführung des Topos der verfassungsgebenden Gewalt in die deutsche Diskussion (erst) in der Ver-

43 Vgl. etwa die Typologie der Verfassungsgebung bei *Waldhoff*, Verfassungsgesetz (Fn. 34), Rdnr. 22 ff.

44 *Waldhoff*, Verfassungsgesetz (Fn. 34), Rdnr. 15 ff.

45 *Peter Badura*, Staatsrecht, 6. Aufl. 2015, Rdnr. A 7; *Kägi*, Grundordnung (Fn. 8), S. 52: „Die Vorstellung des Dauernden ist nun in ganz besonderer Weise in der Idee der Verfassung, als einer normativen Ordnung, enthalten.“

46 *Martin Heckel*, Die Legitimation des Grundgesetzes durch das deutsche Volk, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 8, 1. Aufl. 1995, § 197 Rdnr. 58.

47 *Böckenförde*, Verfassungsgebende Gewalt (Fn. 2); *Ulrich K. Preuß*, Zu einem neuen Verfassungsverständnis, in: Frankenberg (Hrsg.), Auf der Suche nach der gerechten Gesellschaft, 1994, S. 103 (114).

48 *Albrecht Koschorke*, Zur Logik kultureller Gründungserzählungen, Zeitschrift für Ideengeschichte 2 (2007), S. 5 (6).

fassungslehre *Carl Schmitts* 1928, also zehn Jahre nach dem entscheidenden staatsrechtlichen Umbruch, hat durch den pointiert dezisionistischen Ansatz der dortigen Verfassungskonzeption den Blick auf die Dauer, auf den gerade nicht nur punktuellen Charakter erschwert. Dementsprechend betonten *Hermann Heller*, vor allem jedoch *Rudolf Smend* und seine Schüler eher den prozeduralen, zeitlichen Aspekt der Legitimation bzw. des Geltungsgrundes der Verfassung. *Rudolf Smend* postuliert in „Verfassung und Verfassungsrecht“, Staat und Verfassung lebten in einem „Prozeß beständiger Erneuerung, dauernden Neuerlebtwerdens“<sup>49</sup>. Das bedeutet in der Sache letztlich das gegen eine Überbetonung des dezisionistischen Elements der Verfassungsgebung fungierende Postulat eines *pouvoir constituant institué*<sup>50</sup>. Die Geltung der Verfassung liegt nach *Konrad Hesse* in ihrer „Verwirklichung“<sup>51</sup>. Mit diesen Akzentverschiebungen wird zugleich deutlich, dass nicht bestimmte Mehrheitsanforderungen im Entstehungsakt diese dauerhafte Geltung bewirken, sondern dass der reale Erfolg im Sinne einer übergreifenden Akzeptanz das entscheidende Datum darstellt: Nur sofern die im politischen Prozess unterliegenden Teile sich dem Mehrheitsdiktum beugen, gewinnt die Verfassung Legitimität aus Akzeptanz<sup>52</sup>. Nicht das Plebiszit im Rahmen der Verfassungsgebung, sondern das „plébiscite de tous les jours“<sup>53</sup> ist entscheidend.

Diese fundamentalen konstruktiven Unterscheidungen haben Rückwirkungen auf Inhalt und damit einen etwaigen Vorbehalt der Verfassung: Da die verfassungsgebende Gewalt nach richtiger Ansicht recht-

49 *Rudolf Smend*, Verfassung und Verfassungsrecht (1928), in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen, 3. Aufl. 1994, S. 119 (136).

50 *Rudolf Smend*, Bürger und Bourgeois im deutschen Staatsrecht (1933), in: ders., Abhandlungen (Fn. 49), S. 309 (320 mit Fn. 15).

51 *Konrad Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995, Rdnr. 42; richtig daran ist die Betonung des Aspekts der Dauerhaftigkeit, der Begriff „Verwirklichung“ könnte freilich zu der Fehlvorstellung führen, es ginge um so etwas wie „Verfassungsvollzug“.

52 *Hasso Hofmann*, Legitimität und Rechtsgeltung, 1977, S. 60 ff.; *Dieter Grimm*, Art. „Verfassung“, in: Görres-Gesellschaft (Hrsg.), Staatslexikon der Görres-Gesellschaft, Bd. 5, 7. Aufl. 1989, Sp. 633 (636).

53 Formulierung von *Ernest Renan*.

lich ungebunden ist, Rechtsbindung nur als Selbstbindung kennt und vor allem nur mit Verfahrensautonomie sinnvoll gedacht werden kann<sup>54</sup>, kann es keinen irgendwie *normativen* Verfassungsvorbehalt auf dieser Ebene geben. Terminologisch wird im Folgenden daher vom *originären* Verfassungsvorbehalt gesprochen. Dieser kann allenfalls als rechtstheoretische Kategorie Bedeutung erlangen. Anderes kann im Rahmen der Verfassungsänderung gelten. Hier ist prinzipiell auch ein normativer, rechtsdogmatischer Vorbehalt denkbar. Folgerichtig wäre dann vom *abgeleiteten* Verfassungsvorbehalt zu reden. Das schließt innerhalb des *pouvoir constitué* freilich die verfassungstheoretische Ebene nicht aus, dieser wäre auch hier „unabgeleitet“. Beide Ebenen bestehen ggf. nebeneinander.

## 5. Begrenzter Befund in der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts

Im Rahmen von Begriffsbestimmung und Bestandsaufnahme ist abschließend noch ein Blick in die Verfassungsrechtsprechung zu werfen. Der Begriff wird, soweit ersichtlich, nicht verwendet, es werden jedoch Rechtsfragen behandelt, die im Zusammenhang mit der Figur des Verfassungsvorbehalts diskutiert werden<sup>55</sup>. Im Finanzverfassungsrecht wird seit jeher diskutiert, ob es einen *numerus clausus* der Abgabengattungen gibt. Nachdem die Sonderabgaben seit den 1980er Jahren auch verfassungsgerichtlich anerkannt und zugleich domestiziert worden waren, tauchten weitere, „neue“ Abgaben vor den Karlsruher

54 Näher *Waldhoff*, Verfassungsgesetz (Fn. 34), Rdnr. 18 ff.; differenziert *Matthias Herdegen*, Grenzen der Verfassungsgebung, in: *Depenheuer/Grabenwarter* (Hrsg.), Verfassungstheorie, 2010, § 9; *Christian Winterhoff*, Verfassung – Verfassungsgebung – Verfassungsänderung, 2007, S. 150 ff., 156 ff.; gänzlich anders *Kägi*, Grundordnung (Fn. 8), S. 57: „Die Frage nach den Normen, die auch das ‚pouvoir constituant‘ binden – man suchte die lange Zeit als ‚naturrechtlich‘ oder ‚politisch‘ aus dem Bereiche der Wissenschaft zu verbannen! – wird unausweichlich...“; vgl. auch ebd., S. 158.

55 *Pitzen*, Vorbehalt (Fn. 1), S. 17.



Schranken auf<sup>56</sup>. In der sog. Wasserpfeffnigentscheidung findet sich dann das Bekenntnis des Gerichts zum Abgabenerfindungsrecht des einfachen Gesetzgebers; es komme nicht auf die begriffliche Qualifikation einer Abgabe an, „sondern allein darauf [...], ob sie den Anforderungen standhält, die sich aus der bundesstaatlichen Finanzverfassung ergeben“<sup>57</sup>. An die Diskussion über eine Staatsaufgabenlehre knüpft das Urteil zur Rechtschreibreform vom Juli 1998 an: „Ein solches Verbot [der Rechtschreibreform; C.W.] folgt auch nicht daraus, daß der Staat zur Regelung der Rechtschreibung nicht ausdrücklich ermächtigt worden ist. Dem Grundgesetz liegt nicht die Vorstellung zugrunde, daß sich jede vom Staat ergriffene Maßnahme auf eine verfassungsrechtliche Ermächtigung zurückführen lassen müsse. Es geht vielmehr von der generellen Befugnis des Staates zum Handeln im Gemeinwohlinteresse aus, erlegt ihm dabei aber sowohl formell als auch materiell bestimmte Beschränkungen auf. Ein Regelungsverbot kann sich unter diesen Umständen nicht schon aus einer fehlenden verfassungsrechtlichen Ermächtigung, sondern nur aus den verfassungsrechtlichen Schranken staatlicher Entscheidungen ergeben.“<sup>58</sup>

In der Entscheidung zum sog. Neunergremium geht es um die Grenzen der Öffnung des Grundgesetzes bei der Selbstorganisation kollegialer Verfassungsorgane. Wann und inwieweit kann der Bundestag das Plenum aus funktionalen Gründen durch Organteile handeln lassen<sup>59</sup>?

56 Vgl. als Überblick *Paul Kirchhof*, Nichtsteuerliche Abgaben, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. 5, 3. Aufl. 2007, § 119 Rdnr. 69 ff., 107 ff.; *Christian Waldhoff*, Abgabenrecht, in: Ehlers/Fehling/Pünder (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, Bd. 3, 3. Aufl. 2013, § 67 Rdnr. 153 ff., 179 ff.

57 BVerfGE 93, 319 (345); ferner BVerfGE 82, 159 (181).

58 BVerfGE 98, 218 (246).

59 BVerfGE 130, 318 (351): „In einigen im Grundgesetz ausdrücklich vorgesehenen Fällen kann der Deutsche Bundestag auch Befugnisse zur selbständigen und plenarersetzenden Wahrnehmung auf Ausschüsse übertragen (insbesondere Art. 45, 45c, 45d, 53a GG). Ob und inwieweit der Bundestag, weitergehend, durch Gesetz oder aufgrund seiner Geschäftsordnungsautonomie generell Entscheidungsbefugnisse auf von ihm eingerichtete Untergremien übertragen kann – was von der überwiegenden Auffassung im Schrifttum jedenfalls für staatsleitende und andere wesentli-

Die Judikatur des Zweiten Senats zu den Grenzen der europäischen Integration – „Maastricht“ und „Lissabon“ – aktiviert in der Sache u. a. Art. 79 Abs. 3 GG als Identitätsschutz des Grundgesetzes<sup>60</sup>. Zugleich wird die Vorschrift mit der verfassungsgebenden Gewalt des Volkes in Verbindung gebracht<sup>61</sup> – Äußerungen dazu von einem verfassten Organ sind jedoch stets heikel. Beides – die materiellen Grenzen der Verfassungsänderung wie der Geltungsgrund der Verfassung – sind, wie oben angesprochen, andere Kategorien als der Vorbehalt des Grundgesetzes. Im Grunde wird in der Rechtsprechung des Zweiten Senats versucht, einen „pouvoir constituant-Vorbehalt“ aufzustellen<sup>62</sup>. Dieser hat jedoch ein anderes Bezugssubjekt: Nicht der Gesetzgeber – und sei es der verfassungsändernde Gesetzgeber – sondern der Verfassungsgeber wäre angesprochen<sup>63</sup>.

Eine geschlossene Dogmatik oder auch nur Aufschlüsse über Funktion und Struktur eines Verfassungsvorbehalts können aus diesen Entscheidungen nicht gewonnen werden. Das war auch nicht zu erwarten und es wäre vermutlich sogar ein Problem, denn die Aufgabe der Verfassungsgerichtsbarkeit kann nicht darin bestehen, dogmatische oder gar rechtstheoretische Konstruktionen zu entwickeln.

che Entscheidungen verneint wird [...] – bedarf hier keiner grundsätzlichen Entscheidung.“

60 BVerfGE 89, 155 (182 ff.); 123, 267 (341 ff.).

61 Vgl. dazu *Grefrath*, Letztfragen (Fn. 42), S. 222 ff.

62 *Grefrath*, Letztfragen (Fn. 42), S. 234.

63 Zu den damit angesprochenen Problemen etwa *Oliver Lepsius*, Souveränität und Identität als Frage des Institutionen-Settings, JöR 63 (2015), S. 63 ff.



### III. Der verfassungsrechtsdogmatische normative Verfassungsvorbehalt als Funktion des Vorrangs der Verfassung

#### 1. Der Vorrang der Verfassung

Beim Vorrang der Verfassung haben wir festen Boden unter den Füßen: Unter dem Grundgesetz ergibt sich seine normhierarchische Höherrangigkeit aus Art. 1 Abs. 3, 20 Abs. 3, 93 Abs. 1 Nr. 2 und 2a sowie 100 Abs. 1 GG<sup>64</sup>. Das impliziert nicht nur einen Rangunterschied, sondern auch institutionelle Distanz und legitimatorische Differenz. Nicht nur die Unterscheidung zwischen Verfassung und einfachem Gesetz, sondern auch die Möglichkeit der Normenkontrolle am Maßstab der höherrangigen Verfassung sind Voraussetzungen für die Ausbildung des Vorrangs der Verfassung<sup>65</sup>.

Der Vorrang der Verfassung ist in seinem heutigen Umfang und seiner heutigen Wirkkraft ungeachtet seiner zahlreichen ideengeschichtlichen Wurzeln und Vorläufer eine Errungenschaft des zwanzigsten Jahrhunderts<sup>66</sup>, ein regelrechter Evolutionssprung des Verfassungsrechts<sup>67</sup>.

In den Vereinigten Staaten von Amerika hat sich „im letzten Drittel des 18. Jahrhunderts ein perfektes Modell einer vorrangigen und maßstäblichen Verfassung“<sup>68</sup> als „paramount law“ ausgebildet – freilich zunächst als föderativer Vorrang. Hervorzuheben sind hier die zu-

64 *Kingreen*, Vorrang und Vorbehalt der Verfassung (Fn. 21), Rdnr. 6, 26 f.

65 *Kingreen*, Vorrang und Vorbehalt der Verfassung (Fn. 21), Rdnr. 11 ff.

66 *Christoph Schönberger*, Der Vorrang der Verfassung, in: FS für Rainer Wahl zum 70. Geburtstag, 2011, S. 385

67 *Niklas Luhmann*, Verfassung als evolutionäre Errungenschaft, *Rechtshistorisches Journal* 9 (1990), S. 176 (201); vgl. *Schönberger*, Vorrang (Fn. 66); *Rainer Wahl*, Der Vorrang der Verfassung, *Der Staat* 20 (1981), S. 485 (502); anders wohl *Anne Peters*, *Elemente einer Theorie der Verfassung Europas*, 2001, S. 58 ff.

68 *Wahl*, Vorrang (Fn. 67), S. 488 ff.; *Peter Unruh*, *Der Verfassungsbegriff des Grundgesetzes*, 2002, S. 60 ff.; *Winterhoff*, Verfassung (Fn. 54), S. 17 ff.; *Kingreen*, Vorrang und Vorbehalt der Verfassung (Fn. 21), Rdnr. 11 ff.; vgl. zum Ganzen *Gerald Stourzh*, *Vom Widerstandsrecht zur Verfassungsgerichtsbarkeit. Zum Problem der*

nächst konzeptionelle, sodann aber auch in den Verfassungskonventen institutionalisierte Scheidung von *constituent power* und einfachem Gesetzgeber<sup>69</sup>, die besonderen Anforderungen an die Verfassungsänderung als *amending power*<sup>70</sup> sowie – letztlich entscheidend – die Unterwerfung des einfachen Gesetzesrechts unter den *judicial review*<sup>71</sup> in Folge des bahnbrechenden Präjudizes *Marbury v. Madison*<sup>72</sup> aus dem Jahr 1803. Freilich sollte nach dieser Entscheidung die nächste Verwerfung von Bundesgesetzen wegen eines Verstoßes gegen die Verfassung erst mehr als fünfzig Jahre später erfolgen<sup>73</sup>.

Den Verfassungen des deutschen Konstitutionalismus fehlte es an entsprechenden Voraussetzungen. Ihnen war der Schritt hin zu ihrem Vorrang historisch unmöglich<sup>74</sup>. Sie konnten weder auf eine Urheber-schaft besonderer Dignität verweisen, noch sahen sie besondere Verfahren zu ihrer Änderung vor<sup>75</sup>. Ihre Grundrechtskataloge adressierten gerade nicht den Gesetzgeber und konnten schon gar nicht gegen diesen gerichtsförmig geltend gemacht werden<sup>76</sup>. Auf einer tieferen Ebene scheiterte die Ausbildung des Vorrangs der Verfassung im Konstitutionalismus bereits am unaufgelösten<sup>77</sup> Dualismus von Monarch und Volksvertretung und der damit fehlenden einheitlichen Legitimationsgrundlage der konstitutionellen Monarchie<sup>78</sup>, welche wiederum den Erfolg erster verfassungstheoretischer Grundlagen für den Vorrang der

Verfassungswidrigkeit im 18. Jahrhundert, 1974; *Luhmann*, Errungenschaft (Fn. 67), S. 180 ff.

69 *Wahl*, Vorrang (Fn. 67), S. 489; *Schmidt*, Vorrang (Fn. 21), S. 23 ff.; *Stourzh*, Widerstandsrecht (Fn. 68), S. 18 f.

70 *Schmidt*, Vorrang (Fn. 21), S. 28 ff.

71 *Schmidt*, Vorrang (Fn. 21), S. 31 ff.

72 *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

73 *Schönberger*, Vorrang (Fn. 66), S. 391 f.

74 *Wahl*, Vorrang (Fn. 67), S. 495.

75 *Schmidt*, Vorrang (Fn. 20), S. 41 ff.

76 Vgl. *Schmidt*, Vorrang (Fn. 20), S. 64 ff.; *Wahl*, Vorrang (Fn. 67), S. 419; *Schönberger*, Vorrang (Fn. 66), S. 390 f.

77 *Rainer Wahl/Frank Rottmann*, Die Bedeutung der Verfassung und der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik – im Vergleich zum 19. Jahrhundert und zu Weimar, in: *Conze/Lepsius* (Hrsg.), Sozialgeschichte der Bundesrepublik Deutschland, 1983, S. 341 (350 ff.).

78 *Wahl*, Vorrang (Fn. 67), S. 494 ff.

Verfassung, wie sie insbesondere von *Robert von Mohl* geliefert wurden<sup>79</sup>, verhinderten. *Paul Laband* fasste prägnant zusammen, dass die Verfassung „keine mystische Gewalt, welche über dem Staate schwebt, sondern gleich jedem anderen Gesetz ein Willensakt des Staates und mithin nach dem Willen des Staates veränderlich“ sei<sup>80</sup>. Trotz der spezifischen Bedingungen des deutschen Konstitutionalismus liegt in der fehlenden Ausbildung des Vorrangs der Verfassung weniger ein weiterer deutscher Sonderweg als ein gemeineuropäisches Phänomen des neunzehnten Jahrhunderts, das sich positiv auch als spezifischer Respekt vor dem Gesetz und dem Gesetzgeber wenden lässt<sup>81</sup>.

Zu seinem vollen Durchbruch bedurfte der Vorrang der Verfassung jedenfalls in Europa der komplementären rechtstheoretischen Begleitung durch die Idee des Stufenbaus der Rechtsordnung<sup>82</sup>. Auf dessen Grundlage und unter Verwendung der einheitlichen „Vorrangsemanantik“ ausgehend vom Vorrang des Gesetzes und vom Vorrang des Bundesrechts<sup>83</sup> setzte sich zunächst in Österreich<sup>84</sup> und – vorerst nur unvollständig – allmählich auch in der Weimarer Republik<sup>85</sup> die Erkenntnis der Grundrechtsbindung<sup>86</sup> auch des Gesetzgebers und der damit verbundenen gerichtlichen Kontrolle durch<sup>87</sup>, die in Deutschland freilich erst unter der Geltung des Grundgesetzes praktisch wirkmächtig wurden.

79 Grundlegend Das Staatsrecht des Königreiches Württemberg, 1. Aufl. 1829, 1. Theil, S. 80 ff.; vgl. dazu *Schmidt*, Vorrang (Fn. 20), S. 122 ff.; *Wahl*, Vorrang (Fn. 67), S. 492.

80 *Laband*, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. 2, 5. Aufl. 1911, S. 39.

81 *Schönberger*, Vorrang (Fn. 66), S. 399 ff.

82 Grundlegend *Adolf Julius Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft, 1923, S. 181 ff.; vgl. dazu *Schönberger*, Vorrang (Fn. 66), S. 386; *Wahl*, Vorrang (Fn. 67), S. 485.

83 *Schönberger*, Vorrang (Fn. 66), S. 385.

84 *Stourzh*, Widerstandsrecht (Fn. 68), S. 24, 31.

85 Vgl. insbesondere RGZ 111, 320 (322 f.); zum Überblick *Unruh*, Verfassungsbegriff (Fn. 68), S. 269 ff.

86 Vgl. die bemerkenswerte These bei *Kägi*, Grundordnung (Fn. 8), S. 97, dass Verfassungen, die sich auf organisatorische Vorschriften beschränken, ihren Vorrang einbüßen können.

87 *Wahl*, Vorrang (Fn. 67), S. 498.

Ausgeklammert bleibt hier der föderative Vorrang der Verfassung, wie er sich etwa in einer bundesstaatlichen Kollisionsregel eines Art. 31 GG niederschlägt.

## 2. *Die Frage nach dem Eigenstand eines Vorbehalts neben dem Vorrang der Verfassung als Frage nach einer normhierarchisch hochgeordneten Wesentlichkeitstheorie*

### a) *Der Vorbehalt der verfassungsmäßigen Rechtserzeugung*

Josef Isensee hat gezeigt, dass ein rechtlicher Vorbehalt seine spezifische Bedeutung verliert, wenn er nicht auf höherrangigem Recht beruht, Vorbehalt und Akt der Ermächtigung in einer Norm zusammenfallen: Ergibt sich aus der Verfassung selbst, dass diese für bestimmte Gegenstände gesetzliche Regelungen ausschließt, gebietet oder gestattet, wird dies bereits durch den Vorrang der Verfassung abgedeckt. Die Verfassung bildet stets zugleich Grundlage und Grenze des Handelns des Gesetzgebers<sup>88</sup>. Vorrang wie Vorbehalt der Verfassung münden in das Postulat der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze: „Der Vorbehalt geht auf im Vorrang der Verfassung. Anders als im Verwaltungsrecht liegen nicht zwei Rechtsprinzipien vor; es gibt nur ein einziges. Die juristischen Probleme, die dort mit dem Vorbehalt des Gesetzes zu lösen sind, lassen sich hier allein mit Hilfe des Vorrangs der Verfassung beantworten.“<sup>89</sup> Diesen Zusammenhang kann man in Anknüpfung vor allem an *Kelsen* als den verfassungsrechtlichen Vorbehalt verfassungsmäßiger Rechtserzeugung beschreiben<sup>90</sup>. Nicht nur in den verbands-

88 Ebenso Markus Möstl, Regelungsfelder der Verfassung, in: Depenheuer/Grabenwarter (Hrsg.), Verfassungstheorie, 2010, § 17 Rdnr. 31.

89 Isensee, Vorbehalt der Verfassung (Fn. 17), S. 366.

90 Isensee, Vorbehalt der Verfassung (Fn. 17), S. 368 ff.; Kingreen, Vorrang und Vorbehalt der Verfassung (Fn. 21), Rdnr. 52; Möstl, Regelungsfelder (Fn. 88), Rdnr. 31; nach Hans Kelsen, Reine Rechtslehre, 2. Aufl. 1960, S. 228 ff., ist der einzige notwendige Verfassungsinhalt die Normierung des Gesetzgebungsverfahrens; noch nicht so deutlich ders., Reine Rechtslehre, 1. Aufl. 1934 (ed. Jestaedt) 2008, S. 84 ff.

und organ kompetenzziellen Normen, sondern in der ex- oder impliziten Grundregel, dass jede staatliche Rechtsetzung in der Verfassung ihren Urgrund findet, dass die Verfassung Ausgangspunkt jeglicher Rechtserzeugung ist und damit den Staat als Entscheidungs- und Rechtseinheit konstituiert, kommt zum Ausdruck, dass die Verfassung Basis jeglichen staatlichen Handelns ist. Dabei handelt es sich dann um einen formellen, organisationsrechtlichen Vorbehalt. Die „Inhalte“ von Recht sind dadurch zunächst nicht betroffen.

*b) Als Gegenprobe: Vorrang und Vorbehalt der Verfassung in der englischen Verfassung*

Die (auch) hier vertretene These, dass die normative Funktion eines Verfassungsvorbehalts identisch mit dem Problem ihres normativen Vorrangs ist, lässt sich möglicherweise ex negativo an einer Verfassungsordnung illustrieren, die traditionell über keinen oder einen nur schwach institutionalisierten Vorrang der Verfassung verfügt<sup>91</sup>. Das nächstliegende Beispiel ist hier die englische Verfassung<sup>92</sup>.

Die englische Verfassung ist ein komplexes Gefüge aus einzelnen gesetzlichen Bestimmungen, Fallrecht, daraus abstrahierten Prinzipien und nicht rechtsförmigen Konventionalregeln (constitutional conventions). Ihr traditioneller Kern besteht in der Souveränität des Parlaments<sup>93</sup>, das nach orthodoxer Auffassung jedes Gesetz verabschieden oder aufheben kann und dabei keinerlei normativen Restriktionen unterliegt. Eine Ausnahme wird dabei nur für diese Regel selbst ge-

91 Isensee, Vorbehalt der Verfassung (Fn. 17), S. 367, weist auf die Kontextgebundenheit der Figur hin: „Die Kategorie des Vorbehalts macht nur Sinn in Hinsicht auf ein bestimmtes Verfassungsgesetz, das alle normativen Qualitäten eines solchen aufweist“.

92 Zu den historischen Gründen für die ausbleibende Verfassungsurkunde *Dieter Grimm*, Deutsche Verfassungsgeschichte 1776–1866, 1988, S. 33 ff.

93 Präziser: des King in Parliament. Die Souveränität kommt nur den Commons, Lords und dem Monarchen in ihrem Zusammenwirken zu. Klassische Darlegung bei *A. V. Dicey*, Introduction to the Study of the Law of the Constitution, 10. Aufl. 1961, S. 39–85; *W. Wade*, The Basis of Legal Sovereignty [1955] CLJ 172.



macht. Seine Souveränität ist für das Parlament unverfügbar: Parliament cannot bind its successors. Der genaue normative Status dieser Ausnahme und ihre Begründung wird indes verschieden eingeschätzt. Trotz dieser Ausnahme unterliegt auch der parlamentarische Rechtserzeugungsprozess (einfach-)gesetzlichen Regelungen: insbesondere die Mitwirkung der zweiten Kammer ist durch die beiden Parliament Acts 1911 und 1949 geändert worden. Diesen Gesetzen wird eine „constitutional importance“ zugeschrieben, ohne dass diese normative Auszeichnung sich eindeutig begründen ließe<sup>94</sup>. Für den Rechtsetzungsprozess gilt dabei traditionell, dass er von den Gerichten nicht überprüft wird. Sobald ein Gesetz formal verkündet wurde, kann seine Gültigkeit nicht mehr in Zweifel gezogen werden („enrolled Act“ Doktrin):

„All that a court of justice can do is to look to the Parliament roll: if from that it should appear that a Bill has passed both Houses and received the Royal Assent, no court of justice can inquire into the mode in which it was introduced into Parliament, or into what was done previous to its introduction, or what passed in Parliament during its progress in its various stages through both Houses.“<sup>95</sup>

In dieser traditionellen Beschreibungsperspektive kennt die englische Verfassung daher keinen Vorrang der Verfassung, auch keine höherrangige Regelung parlamentarischer Rechtserzeugung und keine gerichtliche Kontrolle der Rechtserzeugungsregeln (mit Ausnahme der formalen Verkündung).

Dieses orthodoxe Verständnis unterliegt inzwischen von mehreren Seiten Veränderungsdruck. Auf theoretischer Ebene wird zum Teil eine partielle Suprematie des Common Law über das Parlament postuliert, die die Kernprinzipien des liberalen Konstitutionalismus entweder ganz der parlamentarischen Verfügung entziehen oder auf die Möglichkeit einer ausdrücklichen Abänderung beschränken will (Common Law Constitutionalism)<sup>96</sup>.

94 T. Khaitan, „Constitution“ as a Statutory Term, 129 (2013) LQR 589–609.

95 *Edinburgh & Dalkeith Railway v Wauchope* (1842) 8 Cl & F 710, 725. Diese Entscheidung wurde später bestätigt in *Pickin v British Railway Board* [1974] AC 765.

96 Aus der Praxis vgl. die Bemerkungen von Laws J in: *R v Lord Chancellor (ex Parte Witham)* [1998] QB 575 und von Lord Steyn und Lady Hale in: *R (Jackson) v*

Praktisch bedeutsamer sind, zweitens, die Einwirkungen, die sich aus Mitgliedschaft in der Europäischen Union und der Verabschiedung des Human Rights Act 1998 ergeben<sup>97</sup>. Die innerstaatliche Rechtswirkung des EU-Rechts ergibt sich nach herkömmlicher Lesart allein aus dem Beitrittsgesetz (European Communities Act 1972). Damit würde jedes spätere Gesetz, das mit EU-Recht unvereinbar ist, gemäß der lex-posterior Regel den Vorrang des EU-Rechts gefährden. Um dieser Folge zu entgehen, hat der Court of Appeal die Interpretationsregel aufgestellt, dass Verstöße gegen EU Recht durch spätere Parlamentsgesetze nur ausdrücklich geschehen können<sup>98</sup>. Ohne eine solche explizite Erklärung werden nachfolgende Gesetze unionsrechtskonform ausgelegt. Auch im Fall der einfachgesetzlich verbürgten Grundrechte des Human Rights Act 1998 greift eine solche Vermutung der Kompatibilität des späteren Gesetzes mit dem grundrechtsverbürgenden früheren Gesetz<sup>99</sup>. In beiden Fällen wird also versucht, einen normativen Vorrang bestimmter Gesetze durch interpretatorische (kontrafaktische) Vermutungsregeln herzustellen.

Diese Entwicklungen lassen manche Beobachter von einer zunehmenden Konstitutionalisierung des Verfassungsrechts sprechen<sup>100</sup>. Sie betreffen durchweg den durchaus paradoxen Versuch, die Wirkungen einer zweistufigen Legalität, wie sie der Vorrang der Verfassung bedeutet, ohne dessen förmliche Institutionalisierung zu erreichen. Umgekehrt zeigt sich, dass die gegenwärtige Konstitutionalisierungsdiskussion in England praktisch vor allem das Problem des normativen Vorrangs betrifft. Die Konzentration auf den Versuch, Funktionsäquivalente für den normativen Vorrang der Verfassung zu konstruieren, stützt damit die hier vertretene These, dass ein etwaiger Verfassungs-

*Attorney General [2006] 1 AC 262*. Auf theoretischer Ebene sind hier vor allem die Arbeiten von *Trevor Allen* zu nennen, vgl. jüngst *The Sovereignty of Law: Freedom, Constitution and Common Law*, 2013.

97 *A. Young*, Parliamentary Sovereignty and the Human Rights Act, 2009; als politikwissenschaftliche Analyse *Stefan Schieren*, *Die Stille Revolution*, 2001.

98 *Thoburn v Sunderland City Council* [2003] QB 151.

99 *R v Secretary of State for the Home Department, ex p Simms* [2000] 2 AC 115.

100 *P. Craig*, Constitutionalising constitutional law: HS2, [2014] PL 373–392.

vorbehalt sich verfassungsdogmatisch im Problem des Vorrangs erschöpft.

### 3. Anwendungsfelder

#### a) *Der Verfassung vorgelagerte Fragen – Numerus clausus der Rechtsetzungsformen?*

Erster Anwendungsfall der These, dass postulierte Verfassungsvorbehalte sich jedenfalls unter der Geltung des Grundgesetzes verfassungsdogmatisch im Vorrang der Verfassung erschöpfen, ist der immer wieder behauptete *numerus clausus* der Rechtssetzungsarten<sup>101</sup>. Angesichts neuartiger Rechtssetzungsformen – insbesondere im Sozialversicherungsrecht<sup>102</sup> und Umweltrecht<sup>103</sup> – ist in der jüngeren Vergangenheit die Debatte entbrannt, ob der einfache Gesetzgeber von Verfassungen wegen gehindert ist, eben solche einzuführen<sup>104</sup>. Eine Rechtsordnung kann einer Rechtsquellenlehre von je her nicht entbehren, erbringt sie doch eine „Vereinfachungsleistung“<sup>105</sup> angesichts der komplexen Frage, was rechtens ist. Damit ist jedoch noch nichts über ihren normativen Status gesagt. Die entscheidende Frage ist vielmehr, ob die notwendig vorhandene Rechtsquellenlehre in der jeweiligen Rechtsordnung einen „Typenzwang“<sup>106</sup> begründet. Ein ausdrücklicher *numerus clausus* von Rechtssetzungsformen eignet sich zunächst für Rechtsord-

101 So insbesondere *Udo Di Fabio*, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, S. 366; *ders.*, Verlust der Steuerungskraft klassischer Rechtsquellen, NZS 1998, S. 449 ff.; *Fritz Ossenbühl*, Richtlinien im Vertragsarztrecht, NZS 1997, S. 497 (497, 499 f.); vgl. zum Ganzen überblicksweise *Peter Axer*, Normsetzung der Exekutive in der Sozialversicherung, 2000, S. 153 ff.

102 Vgl. insbesondere *Ossenbühl*, Richtlinien (Fn. 101).

103 Vgl. *Di Fabio*, Steuerungskraft (Fn. 101).

104 *Axer*, Normsetzung (Fn. 101), S. 153 ff.

105 *Niklas Luhmann*, Die juristische Rechtsquellenlehre aus soziologischer Sicht, in: FS für René König zum 65. Geburtstag, 1973, S. 387 (390).

106 Begriff bei *Fritz Ossenbühl*, Gesetz und Recht – Die Rechtsquellen im demokratischen Rechtsstaat, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 5, 3. Aufl. 2007, § 100 Rdnr. 44.

nungen, die nicht selbst über eine Kompetenz-Kompetenz verfügen. Dem entspricht, dass sich im inter- und supranationalen Recht durchweg Kataloge von „Rechtserzeugungsarten“<sup>107</sup>, sprich: Rechtsquellen oder Rechtssetzungsformen, finden lassen. Für das Völkerrecht ist hier zunächst Art. 38 Abs. 1 lit. a–c IGH-Statut und für das Europarecht Art. 288 AEUV<sup>108</sup> zu nennen, der mit dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung<sup>109</sup> korrespondiert und doch nicht verhindert, dass sich unklare Zwischen- und Sonderformen entwickeln.

Dem Grundgesetz ist ein solcher Katalog – im Gegensatz zu zahlreichen anderen Verfassungen<sup>110</sup> – fremd. Zwar setzt es die Existenz des überkommenen deutschen Kanons von Rechtssetzungsformen an zahlreichen Stellen voraus<sup>111</sup>, wenn es vom Gesetz, der Rechtsverordnung, den Geschäftsordnungen als Satzungen und den Verwaltungsvorschriften handelt, doch insoweit „misst es der Form letztlich nur nachrangige Bedeutung zu und erweist sich insgesamt als formenoffen“<sup>112</sup> und damit zugleich zukunfts offen<sup>113</sup>. Stattdessen bestimmt auch hier alleine der Vorrang der Verfassung die Reichweite des Typenerfindungsrechts des Gesetzgebers: Erlaubt ist, was den Vorgaben der stets gebotenen demokratischen Legitimation und den rechtsstaat-

107 Begriff bei *Markus Kaltenborn*, Gibt es einen *numerus clausus* der Rechtsquellen?, *Rechtstheorie* 34 (2003), S. 459 ff.

108 Vgl. *Kaltenborn*, *Numerus clausus* (Fn. 107), S. 464 ff., 472 ff.

109 *Kaltenborn*, *Numerus clausus* (Fn. 107), S. 484 f.

110 Vgl. *Peter Häberle*, Pluralismus der Rechtsquellen in Europa – nach Maastricht. Ein Pluralismus von Geschriebenem und Ungeschriebenem vieler Stufen und Räume, von Staatlichem und Transstaatlichem, *JöR* 47 (1999), S. 79 ff.

111 *Isensee*, Vorbehalt der Verfassung (Fn 17), S. 381.

112 *Kaltenborn*, *Numerus clausus* (Fn. 107), S. 480, nur auf den ersten Blick anders zugespitzt *Isensee*, Vorbehalt der Verfassung (Fn. 17), S. 380: „Da das Grundgesetz sich mehr den Mitteln als den Aufgaben, mehr den Formen als den Inhalten widmet, liegt die Frage nahe, ob es einen Kanon der Handlungsinstrumente fest schreibt.“ I.E. ebenso ebd. S.382; i.E. anderes *Di Fabio*, Steuerungskraft (Fn. 101), S. 451 f.: Das Grundgesetz sei „zwar keine formalistische Verfassung, jedoch streng in denjenigen Formfragen, die Wirkungsbezug zu Grundrechten und ihren Freiheitsverbürgungen aufweisen.“

113 *Isensee*, Vorbehalt der Verfassung (Fn 17), S. 382.

lichen Vorgaben standhält<sup>114</sup>. Wenn man so will, begründet damit jede beliebige Verfassung im materiellen Sinne einen einzigen denknötigen Vorbehalt, nämlich denjenigen der verfassungsmäßigen Rechtserzeugung<sup>115</sup>. Mit einer griffigen Formulierung *Fritz Ossenbühl*: „Man muss von einem *numerus clausus* der Legitimationsmuster, statt von einem *numerus clausus* der Rechtsetzungsformen sprechen.“<sup>116</sup>

*b) Staatsorganisationsrecht: Einfachgesetzliche Einführung  
direktdemokratischer Elemente in das Grundgesetz?*

Neben anderen, oben bereits angerissenen Fragen<sup>117</sup>, ist im hiesigen Zusammenhang der Streit darüber zu erwähnen, ob ohne Änderung des Grundgesetzes neue direktdemokratische Entscheidungsformen einfachgesetzlich eingeführt werden können. Die repräsentative Demokratie ist als die „eigentliche“ Form der Demokratie bezeichnet worden<sup>118</sup>. Tatsächlich begründet die auf Art. 20 Abs. 1 und 2 GG aufbauende, die abstrakten Vorgaben des Demokratieprinzips konkretisierende Organisation des Staates eine Vorrangstellung der mittelbar-repräsentativen Demokratie in unserer Verfassungsordnung. Die Regelungen des Staatsorganisationsrechts formen die Ausübung der Staatsgewalt durch Staatsorgane detailliert aus, während es für Abstimmung

114 *Isensee*, Vorbehalt der Verfassung (Fn 17), S. 382; *Axer*, Normsetzung (Fn. 101), S. 225 ff., 238; *Kaltenborn*, Numerus clausus (Fn. 107), 481 ff; *Fritz Ossenbühl*, Zum Verfassungsvorbehalt für Rechtserzeugung, in: FS für Josef Isensee, 2007, S. 309 (320 f.); vgl. zu einzelnen rechtspraktischen Folgerungen auch BVerfGE 100, 249 (258); 107, 59 (91 f., 94 f.); BSGE 81, 54 (64); 81, 73 (82).

115 *Isensee*, Vorbehalt der Verfassung (Fn. 17), S. 368 f.

116 *Ossenbühl*, Verfassungsvorbehalt (Fn. 114), S. 323; pointiert anders noch *ders.*, Richtlinien (Fn. 101), S. 499 f.

117 Die Frage nach einem *numerus clausus* der Abgabenarten; dies wird vom Bundesverfassungsgericht zu Recht verneint, vgl. oben bei Fn. 54 ff.

118 *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Mittelbare/repräsentative Demokratie als eigentliche Form der Demokratie, in: FS für Kurt Eichenberger, 1982. S. 301 ff.; *Horst Dreier*, Das Demokratieprinzip des Grundgesetzes, Jura 1997, S. 249 (251).

gen – von Fragen der Länderneugliederung abgesehen – an Anwendungsfällen fehlt<sup>119</sup>. Diese „prononciert antiblebisitär[e]“<sup>120</sup> Ausrichtung des Grundgesetzes mit einer Verankerung des Schwerpunkts der Entscheidungsfindung bei den Staatsorganen darf jedoch nicht ohne Weiteres mit ihrem unabänderlichen Gehalt gleichgesetzt werden<sup>121</sup>. Für eine änderungsfeste Präponderanz mittelbarer Entscheidungsstrukturen findet sich in Art. 20 Abs. 1 und 2, 79 Abs. 3 GG keine normative Grundlage. Es zeigt sich vielmehr eine Indifferenz des Grundgesetzes hinsichtlich eines Rangverhältnisses repräsentativer und plebiszitärer Formen von Herrschaftsausübung<sup>122</sup>. Seinem Wortlaut nach fordert Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG weder eine ausschließlich unmittelbare Ausübung der Staatsgewalt durch das Volk, noch formuliert er deren Legitimitätsvorrang. Der Vorschrift ist keine Zuständigkeitsregelung, sondern ein Legitimations- und Verantwortungsprinzip zu entnehmen<sup>123</sup>. Im Zusammenhang des Satzes 2, nach dem die Staatsgewalt unmittelbar „in Wahlen und Abstimmungen“ und (bei Rückbindung an das Staatsvolk) mittelbar „durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt“ wird, finden sich sowohl Argumente für eine Gleichordnung als auch für eine Vorrangstellung unmittelbarer<sup>124</sup> bzw. mittelbarer Herrschaftsausübung. Die semantische Analyse bleibt unergiebig.

119 Vgl. *Bernd Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz. Kommentar, Loseblattsammlung, Art. 20 II Rdnr. 63, 112 (Stand der Kommentierung: 76. Lieferung Dezember 2015).

120 *Klaus Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 1, 2. Aufl. 1984, S. 608.

121 *Fabian Wittreck*, Direkte Demokratie vor Gericht oder: Direkte Demokratie und Verfassungsgerichtsbarkeit – Ein gestörtes Verhältnis, in: Heußner/Jung (Hrsg.), Mehr direkte Demokratie wagen, 2. Aufl. 2009, S. 397 (404).

122 Im Ergebnis ebenso *Brun-Otto Bryde*, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 2, 6. Aufl. 2012, Art. 79 Rdnr. 41; *Dreier*, Demokratieprinzip (Fn. 118), S. 252; *Karsten Bugiel*, Volkswille und repräsentative Entscheidung, 1991, S. 450; a.A. *Bernd Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz. Kommentar, Loseblattsammlung, Art. 20 II Rdnr. 77, 110, 115 (Stand der Kommentierung: 57. Lieferung Januar 2010).

123 *Dreier*, Demokratieprinzip (Fn. 118), S. 250 f.

124 Eher abwegig jedoch *Christian Pestalozza*, Der Populärvorbehalt, 1981, S. 12; ebenfalls problematisch *Bugiel*, Volkswille (Fn. 122), S. 110.

Auch der Parlamentarische Rat wollte zumindest keinen änderungs-festen Vorrang repräsentativ-demokratischer Entscheidungen fest-schreiben. Die direkte Volksbeteiligung wurde nach den negativen Er-fahrungen in der Weimarer Republik und den noch deutlich vor Augen stehenden Ereignissen von Massenverführbarkeit in der nationalsozia-listischen Diktatur<sup>125</sup> abgelehnt. Diese Entscheidung entsprang der „soziologischen [Nachkriegs-]Situation“<sup>126</sup>; sie ist auch für „grundle-gende Neuorientierungen“ nicht von vornherein verschlossen<sup>127</sup>. Gleichwohl könnten entsprechende „Anreicherungen“ mit direktdemokratischen Elementen nicht ohne Grundgesetzänderung vonstatten gehen<sup>128</sup>. Das gilt unabhängig von der verfassungspolitischen Präfe-renz für direktdemokratische Elemente der Entscheidungsfindung.

### *c) Inhaltliche Verfassungsvorbehalte – Die Staatsaufgabendiskussion*

#### *aa) Staatsaufgaben als Produkt des politischen Prozesses*

Prominentestes Beispiel einer Diskussion um inhaltliche Verfassungs-vorbehalte ist diejenige um die Staatsaufgaben: Darf der Staat nur sol-chen Aufgaben nachkommen, die im Grundgesetz ausdrückliche Er-wähnung finden, oder besitzt er über eine nur durch die Schranken des Grundgesetzes begrenzte Allzuständigkeit<sup>129</sup>?

Die Annahme, dass Staatsaufgaben schlechthin unter Verfassungs-vorbehalt stehen, beruht auf der Gleichung „Staatsaufgaben sind Ver-fassungsaufgaben“<sup>130</sup>, nach der sich jede Tätigkeit des Staates nicht

125 Peter Krause, Verfassungsrechtliche Möglichkeiten unmittelbarer Demokratie, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 3, 3. Aufl. 2005, § 35 Rdnr. 14.

126 Theodor Heuss, Parlamentarischer Rat, Hauptausschuss, Stenographisches Proto-koll, 22. Sitzung am 8. Dezember 1948, S. 264.

127 Johannes Rux, Direkte Demokratie in Deutschland, 2008, S. 206 ff.

128 Hartmut Maurer, Staatsrecht I, 6. Aufl. 2010, § 7 Rdnr. 50.

129 Vgl. zum Überblick Pitzen, Vorbehalt (Fn. 1), S. 98 ff.

130 Helmut Schulze-Fielitz, Staatsaufgabenentwicklung und Verfassung. Zur norma-tiven Kraft der Verfassung für das Wachstum und die Begrenzung, in: Grimm

nur legitimatorisch, sondern auch „sachlich“ auf „letzte Grundaussagen in der Verfassung“ zurückführen lassen müsse<sup>131</sup>, da das „Grundgesetz alle maßgeblichen Gerechtigkeitsprinzipien“ abschließend „konstitutionalisiert“<sup>132</sup>. Konsequenter wird dann eine Verfassung ohne Bestimmung der Staatsaufgaben als unvollständig betrachtet<sup>133</sup>. Freilich unterfielen dem Verfassungsvorbehalt nicht die „Details der Konkretisierung“, sondern gerade nur „die politisch umstrittenen Entscheidungen“<sup>134</sup>.

Hier zeigt sich die anti-politische Stoßrichtung dieser Auffassung, die entgegen der steten Beteuerung<sup>135</sup> ihrer Vertreter das Demokratieprinzip eher schwächt als stärkt. Denn in der Demokratie kann und soll sich gerade die Identifizierung einer Staatsaufgabe „von unten“ vollziehen, kanalisiert durch die dazu gemäß Art. 21 GG berufenen politischen Parteien<sup>136</sup>. Diesem Prozess eignet die Wahrnehmung des demokratisch legitimierten Gesetzgebers als *virtuell* allzuständig<sup>137</sup>. Aus dieser Sicht empfängt der Staat unter den Bedingungen moderner Verfassungsstaatlichkeit und insbesondere unter der Geltung des Grundgesetzes zwar keine „Blanko- und Generalvollmacht zum Handeln“<sup>138</sup>, seine Allzuständigkeit bleibt eben lediglich virtueller Natur<sup>139</sup>, also nur so lange existent, wie die Verfassung nichts anderes

(Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, 1990, S. 11 (15).

131 *Schulze-Fielitz*, Staatsaufgabenentwicklung (Fn. 130), S. 15.

132 *Schulze-Fielitz*, Staatsaufgabenentwicklung (Fn. 130), S. 16.

133 *Hans-Peter Bull*, Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, 1973, S. 114.

134 *Bull*, Staatsaufgaben (Fn. 133), S. 117.

135 Vgl. *Schulze-Fielitz*, Staatsaufgabenentwicklung (Fn. 130), S. 14 f.

136 Bericht der Sachverständigenkommission Staatszielbestimmungen/Gesetzgebungsaufträge, 1983, S. 17.

137 *Isensee*, Vorbehalt der Verfassung (Fn. 17), S. 370 ff.

138 So aber *Herbert Krüger*, Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl. 1966, S. 760 f.; dazu zu Recht kritisch *Bull*, Staatsaufgaben (Fn. 133), S. 90 ff.

139 *Isensee*, Vorbehalt der Verfassung (Fn. 17), S. 370; *Pitzen*, Vorbehalt (Fn. 1), S. 106; vgl. *Stefan Koriath*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz. Kommentar, Loseblattsammlung, Art. 30 Rdnr. 9 (Stand der Kommentierung: 46. Lieferung März 2006): „potenziell“.



bestimmt. Doch zeigt sich auf diese Weise deutlich, dass Politik kein bloßer Verfassungsvollzug ist<sup>140</sup>.

Quelle verbindlicher Aufgaben und Aufträge an die Träger der Staatsgewalt kann dennoch die Verfassung – und nur diese – sein. Das Grundgesetz macht an verschiedenen Stellen – vom Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen nach Art. 20a GG über den Mutterschutz nach Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG bis hin zum Schutz der Sonn- und Feiertage nach Art. 139 WRV i.V.m. Art. 140 GG – von dieser Möglichkeit Gebrauch<sup>141</sup>. Die Ausdehnung solcher Aufträge, insbesondere in Gestalt der Aufnahme weiterer Staatsaufgaben und/oder Staatszielbestimmungen in das Grundgesetz ist angesichts der vorstehenden Erwägungen jedenfalls verfassungspolitisch im höchsten Maße rechtfertigungsbedürftig<sup>142</sup>.

Dem modernen Verfassungsstaat, insbesondere jenem des Grundgesetzes, bleibt ein mit normativem Anspruch<sup>143</sup> auftretender apriorischer Aufgabenkatalog indes fremd. Bei diesem handelt es sich letztlich um nichts anderes als einen in die (Post-)Moderne verlängerten Arm der Textgattung des Fürstenspiegels. Aus dem reinen Begriff des Staates, den sich die Allgemeine Staatslehre zum Gegenstand gibt, empfängt das politische Leben der Bundesrepublik keine Direktiven. Eine wahrhaft „Verfassungsstaatliche Staatsaufgabenlehre“<sup>144</sup> nimmt daher „Abschied von allen offenen oder verdeckten Anleihen an den Staat der Allgemeinen Staatslehre“<sup>145</sup> und erschöpft sich in der Feststellung, dass Staatsaufgabe jenseits ausdrücklicher Anordnung von Verfassungen wegen all das, aber auch nur das ist, was der politische Prozess als solche wahrnimmt<sup>146</sup>. Das ist und muss – unter den Bedin-

140 Sachverständigenkommission (Fn. 136), S. 32.

141 *Isensee*, Vorbehalt der Verfassung (Fn. 17), S. 370.

142 Vgl. Sachverständigenkommission (Fn. 136), S. 37 f., 40.

143 Vgl. zum Überblick *Arthur Benz*, *Der moderne Staat*, 5. Aufl. 2001, S. 144 ff.

144 *Peter Häberle*, *Verfassungsstaatliche Staatsaufgabenlehre*, AöR 111 (1986), S. 595 ff.

145 *Häberle*, *Staatsaufgabenlehre* (Fn. 144), S. 600.

146 Vgl. ähnlich *Korioth*, in: Maunz/Dürig, *Grundgesetz. Kommentar*, Loseblattsammlung, Art. 30 Rdnr. 9 (Stand der Kommentierung: 46. Lieferung März 2006).

gungen einer pluralistischen und arbeitsteiligen Gesellschaft – freilich ein durchaus weites und zugleich wechselhaft besetztes Feld sein, in dem Staatsaufgaben- und Staatszwecklehren allenfalls noch „als Leitfäden der moralischen Bewertung der politischen Ordnung dienen“<sup>147</sup>. An diesem Befund ändert auch die jüngste Renaissance eines Staatsaufgabenkatalogs im Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts nichts<sup>148</sup>, dienen hier die Staatsaufgaben doch prononciert gerade der Verteidigung des Spielraums der – freilich nationalstaatlichen – Politik.

Dennoch ist auch der Verfassungsstaat des Grundgesetzes nicht vom sprichwörtlichen Himmel gefallen, sondern historisch gewachsen. Es stand der verfassunggebenden Gewalt und es steht nunmehr immer noch den verfassten Gewalten jederzeit frei, tradierte und als typisch wahrgenommene Staatsaufgaben weiter zu bedienen, allein er muss es nicht: „Die Vielzahl staatsphilosophischer Traditionen haben keinen Verfassungsrang.“<sup>149</sup> Im Gegenteil kann der demokratisch legitimierte politische Prozess auch in eine mehr oder minder bewusste „Abkopplung von der Vergangenheit“ münden.<sup>150</sup>

#### *bb) Als Gegenmodell: Explizite Staatsaufgabenvorbehalte*

In der Verfassung des Kantons Aargau vom 25. Juni 1980 findet sich, Überlegungen *Kurt Eichenbergers* aufnehmend<sup>151</sup>, ein expliziter Staatsaufgabenvorbehalt positiviert:

„§ 26 Rechtliche Grundlagen. (1) Für die Erfüllung der Aufgaben, die dem Kanton nicht durch Bundesrecht übertragen sind, muss eine verfassungsrechtliche Grundlage gegeben sein. [...]“.

147 *Christoph Möllers*, Staat als Argument, 2. Aufl. 2011, S. 212.

148 BVerfGE 123, 267 (359); vgl. dazu *Möllers*, Staat (Fn. 147), S. XXXVI.

149 *Möllers*, Staat (Fn. 147), S. 213.

150 *Möllers*, Verfassunggebende Gewalt – Verfassung – Konstitutionalisierung, in: v. Bogdandy/Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl., 2009, S. 227 (232).

151 *Kurt Eichenberger*, Der geforderte Staat, in: ders. (Hrsg.), Der Staat der Gegenwart, 1980, S. 114.

Das stellte auch für die Schweiz ein Novum dar<sup>152</sup>. Es erklärt sich aus der komplexen Entstehungsgeschichte im Zusammenspiel mit der Reform direktdemokratischer Beteiligungsrechte im Kanton: Ursprünglich sollte die totalrevidierte Kantonsverfassung nur mit einem fakultativen Gesetzesreferendum bei obligatorischem Verfassungsreferendum ausgestattet werden; nachdem sich auch für die normale Rechtsetzung das obligatorische Referendum durchsetzte, ist nunmehr eine zweistufige, jeweils auch direktdemokratische Entscheidung bei Übernahme neuer kantonaler Aufgaben erforderlich<sup>153</sup>. Für den Verfassungsvorbehalt werden vor diesem Hintergrund drei Argumente angeführt<sup>154</sup>: „a) Die Kantonsverfassung wird sachlich und politisch aufgewertet. Sie äussert sich nicht nur – als sog. instrumentale Verfassung – zur Staatsorganisation i.w.S., sondern auch umfassend – als materiale Verfassung – zum Inhalt der staatlichen Tätigkeit. Nach der bisherigen Verfassungsordnung konnte der kantonale Gesetzgeber nach seinem Gutfinden neue Aufgaben in Angriff nehmen oder bestehende ausweiten oder fallenlassen. [...] Demzufolge wurden in den letzten hundert Jahren die Staatsaufgaben schrittweise ausgeweitet und verdichtet, in aller Regel ohne dass die Staatsverfassung dazu etwas bestimmte. Die Verfassung verringerte ihre Bedeutung und Lenkungskraft gerade in den wichtigeren Staatsentscheidungen; das politische Leben und die Entwicklung des Kantons standen in erheblichem Ausmass diesseits des Verfassungsrechts. Mit Absatz 1 rückt die Kantonsverfassung in den materiellen (staatsinhaltlichen) Belangen in das Zentrum der staatlichen Entscheidungsvorgänge ein. b) Da die Aufgaben in der Kantonsverfassung wesensgemäss nicht in Einzelheiten geregelt werden, vielmehr Grundentscheidungen oder Grundsatzentscheidungen darüber ergehen, wird auf gleichsam natürliche Weise ein Überlegen und Entscheiden im Grundlegenden und Allgemeinen zustande gebracht. ‚Diskurs und Entscheid‘ versinken nicht in der Menge und Unüber-

152 Kurt Eichenberger, Verfassung des Kantons Aargau. Textausgabe mit Kommentar, 1986, § 26 Rdnr. 1.

153 Vgl. auch Pitzen, Vorbehalt (Fn. 1), S. 37.

154 Eichenberger, Aargau (Fn. 152), § 26 Rdnr. 2 ff.; vgl. auch Pitzen, Vorbehalt (Fn. 1), S. 37 f.

blickbarkeit der Einzelregelungen, wie dies bei Gesetzen auftreten kann. Die Staatsorgane – mit Einschluss der Stimmberechtigten – werden einerseits entlastet und andererseits veranlasst, Neuerungen in größeren Zusammenhängen zu sehen. [...] c) Es liegt schliesslich zutage, dass mit der zweistufigen oder doppelten Entscheidung zuerst in Form von Verfassungsrecht, alsdann für die Regel in Form von Gesetzesrecht eine Demokratieverstärkung stattfindet. [...]“ Ein derartiger Verfassungsvorbehalt für Staatsaufgaben hat zur Folge, dass Staatsaufgabenkataloge das Bild der Verfassung anreichern<sup>155</sup>. In der Aargauer Verfassung handelt es sich um den umfänglichen dritten Abschnitt (§§ 25–58). Neben dem oben erwähnten Sinn der Erschwerung bzw. Explizierung der Übernahme neuer Aufgaben wird der Sinn eines solchen Abschnitts darin gesehen, den „Inhalt der Staatstätigkeit [...] sichtbar“ zu machen, „der ‚Staat in Aktion‘ und in seiner materiellen Sendung tritt hervor“<sup>156</sup>.

Insgesamt ergibt sich damit der Befund, dass ein allgemeiner normativer Verfassungsvorbehalt, wenn vorhanden, doch von äußerst geringer Direktionskraft wäre, letztlich im Vorrang der Verfassung aufgeht. Das sagt noch nichts über das eigentliche, verfassungstheoretische Anwendungsfeld der Kategorie aus, das im folgenden Abschnitt behandelt wird. Die Frage nach einem (verfassungstheoretischen) Verfassungsvorbehalt impliziert dabei die Figur des Vorrangs der Verfassung<sup>157</sup>.

155 *Pitzen*, Vorbehalt (Fn. 1), S. 38 f.

156 *Eichenberger*, Aargau (Fn. 152), S. 125.

157 *Möstl*, Regelungsfelder (Fn. 88), Rdnr. 30.



## IV. Der verfassungstheoretische Verfassungsvorbehalt als Theorie des Verfassungsinhalts

### 1. *Diachrone und synchrone Typologie: Was gelangt(e) wann und warum in Verfassungstexte?*

Typologien sind „Hilfsmittel der Verfassungstheorie, dazu bestimmt, die vorhandenen Verfassungen nach allgemeinen Merkmalen zu charakterisieren. Die Zuordnung eines Verfassungsgesetzes zu einem Typus enthält keine normative Aussage.“<sup>158</sup> Während *Heller* noch annahm, dass es auch keine theoretischen Leitlinien für unsere Fragestellung geben könne<sup>159</sup>, soll im Folgenden untersucht werden, welche Verfassungsinhalte unter welchen Bedingungen und in welchen Kontexten verfassungstextlich positiviert und verdichtet werden und welche Erkenntnis daraus zu gewinnen ist<sup>160</sup>. Diese Form von Typologie als Theorieelement nimmt dabei geltende wie ehemalige Verfassungen in ihrem Text wie Kontext auf, ohne zur Verfassungsinterpretation zu werden; sie beschränkt sich notwendig auf dasjenige, was als westlicher Verfassungsstaat bezeichnet wird und bezieht dessen Vorformen ein<sup>161</sup>.

Verfassungen sind Beispiele für Rechtsnormen mit ausgeprägter Situations- und Kontextabhängigkeit<sup>162</sup>. Verfassungsgebung erfolgt nicht

158 *Isensee*, Vorbehalt der Verfassung (Fn. 17), S. 368; vgl. als Versuch einer verfassungstheoretisch angeleiteten Typologie in anderem Zusammenhang *Waldhoff*, Verfassungsgesetz (Fn. 34), Rdnr. 22 ff.

159 *Heller*, Staatslehre (Fn. 4), S. 311.

160 Die Untersuchung von *Pitzen*, Vorbehalt (Fn. 1), widmet sich der verfassungstheoretischen Dimension des Verfassungsvorbehalts nicht mehr, sondern endet mit der plausibel begründeten begrenzten verfassungsrechtsdogmatischen Bedeutung der Kategorie.

161 Eingehender zu den methodischen Problemen *Möstl*, Regelungsfelder (Fn. 88), Rdnr. 2 ff.; zum Typus des „westlichen Verfassungsstaates“ etwa *Ulrich Karpen*, Die verfassungsrechtliche Grundordnung des Staates, JZ 1987, S. 431 ff.

162 *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Die Eigenart des Staatsrechts und der Staatsrechtswissenschaft, in: FS für Hans Ulrich Scupin zum 80. Geb., 1983, S. 317 ff., hier zitiert nach *ders.*, Staat, Verfassung, Demokratie, 1991, S. 11 (17 f.); *Wolfgang*

„auf der grünen Wiese“ oder „am Schreibtisch“ sondern in zumeist existenziellen historisch-politischen Lagen<sup>163</sup>. Klassischer „Anlass“ ist eine erfolgreiche Revolution: „Originäre Verfassungsgebung ist revolutionär“<sup>164</sup>. Der revolutionäre Bruch war eine Voraussetzung für die modernen Verfassungen<sup>165</sup>. „Seit dem Ende des 18. Jahrhunderts besiegeln moderne Revolutionen ihren Erfolg in einer neuen Verfassung. [...] Im pouvoir constituant begegnen sich Staatsrecht und Revolution – in diesem Begriff wird die Revolution zu einer staatsrechtlichen Kategorie und das Staatsrecht revolutionär.“<sup>166</sup> Das gilt für die amerikanische Verfassung von 1787 wie für die Revolutionsverfassungen in Frankreich seit 1791, aber auch für die Weimarer Reichsverfassung im Kontext von 1918/19. Revolution bedeutet Selbstermächtigung gegen eine bestehende Legalität. Der römischrechtliche Grundsatz *ex iniuria ius non oritur*<sup>167</sup> gilt nur innerhalb einer Rechtsordnung, nicht bei der revolutionären Überwindung derselben. Genauso wenig wie es ein Recht auf Revolution geben kann, gibt es ein Recht auf Beibehaltung der geltenden Verfassungsordnung<sup>168</sup>. Die Verfassung als verfassungs-

*Knies*, Das Grundgesetz – kein Kodex des Staatsrechts, in: Merten/Schreckenberger (Hrsg.), Kodifikation gestern und heute, 1995, S. 221 (222); *Winterhoff*, Verfassung (Fn. 54), S. 50 ff.; *Mössl*, Regelungsfelder (Fn. 88), Rdnr. 5 und öfter; aus dem Blickwinkel der Verfassungsvergleichung *Rainer Wahl*, Verfassungsvergleichung als Kulturvergleichung, in: *ders.*, Verfassungsstaat, Europäisierung, Internationalisierung, 2003, S. 96.

- 163 Für bestimmte nach dem weltpolitischen Umbruch 1989/90 entstandene Verfassungen in den ost- und ostmitteleuropäischen Staaten spricht *Bernd Wieser*, Vergleichendes Verfassungsrecht, 2005, „fast von schablonenhaften ‚Reißbrettverfassungen‘“.
- 164 *Dietrich Murswiek*, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Loseblattsammlung, Präambel Rdnr. 93 (Stand der Kommentierung: 119. Lieferung September 2005).
- 165 *Dieter Grimm*, Ursprung und Wandel der Verfassung, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 1, 3. Aufl. 2003, § 1 Rdnr. 9.
- 166 *Preuß*, Verfassungsverständnis (Fn. 47), S. 103, 105; vgl. bereits *Heller*, Staatslehre (Fn. 4), S. 314.
- 167 Siehe *Dettef Liebs*, Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter, 1983, S. 67.
- 168 Vgl. aber zur Deutung der Lissabon-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts als „Revolutionsverneinungsverfassungsbeschwerde“ *Grefrath*, Letztfragen (Fn. 42), S. 241 ff.

hervorbringender Akt ist dabei im Verhältnis zur überwundenen Legalitäts- und Legitimitätsordnung revolutionär, im Blick auf die Zukunft konstitutiv und damit antirevolutionär, denn die in und durch die Revolution hervorgebrachte Verfassung beansprucht Dauer und Geltung, kodifiziert die Prinzipien der Revolution<sup>169</sup>. Darin verwirklicht sich dann erneut die Ordnungsfunktion des Rechts. Nur wenn wirklich Herrschaftsbegründung gelingt und nicht bloß Herrschaftsmodifikation verwirklicht wird – eine Unterscheidung von *Dieter Grimm* zur Abgrenzung der deutschen konstitutionellen Verfassungen des 19. Jahrhunderts vom westlichen Verfassungstyp<sup>170</sup> – liegt eine erfolgreiche Revolution vor. „Aus politischen Gründen wird als ‚wahre‘ oder ‚echte‘ Verfassung oft nur das bezeichnet, was einem bestimmten Ideal von Verfassung entspricht. [...] Insbesondere hat das liberale Bürgertum in seinem Kampf gegen die absolute Monarchie einen bestimmten Idealbegriff von Verfassung aufgestellt und ihn mit dem Begriff der Verfassung schlechthin identifiziert. Man sprach also nur dann von ‚Verfassung‘, wenn die Forderungen bürgerlicher Freiheit erfüllt und dem Bürgertum ein maßgebender politischer Einfluß gesichert war. Auf diese Weise entsteht ein besonderer, unterscheidender Begriff von Verfassung.“<sup>171</sup> Der vielzitierte und das ganze Pathos des durchaus universalistisch zu verstehenden Textes zum Ausdruck bringende Art. 16 der französischen Menschenrechtserklärung vom 26. August 1789 bringt das auf den Punkt: „Eine Gesellschaft, in der weder die Gewährleistung der Rechte zugesichert noch die Gewaltenteilung festgelegt ist, hat keine Verfassung.“ Damit sind zwei Hauptbestandteile erwähnt: Grund- bzw. Menschenrechte sowie mit dem Gewaltenteilungsprinzip eine staatsorganisationsrechtliche Grundstruktur<sup>172</sup>.

169 *Preuß*, Verfassungsverständnis (Fn. 47), S. 103 f.; ähnlich bereits *Jellinek*, Verfassungsgesetzgebung (Fn. 42), S. 15 ff.

170 *Grimm*, Verfassungsgeschichte (Fn. 92), S. 43 ff.

171 *Schmitt*, Verfassungslehre (Fn. 7), S. 36 in dem Kapitel „Idealbegriff der Verfassung“.

172 Vgl. *Gerhard Oestreich*, Geschichte der Menschenrechte und Grundfreiheiten im Umriß, 1968, S. 71.



Während heute der Typus der „Vollverfassung“ dominiert, d.h. in jeweils kontextbezogener Erklärbarkeit unterschiedliche Anordnungen von Staatsorganisationsrecht und Grundrechten bestehen<sup>173</sup>, herrschte an der Wende vom 18. zum 19. Jahrhundert hier eine charakteristische Unsicherheit. Sowohl die US-Verfassung von 1787 – die ohnehin vor allem das Verhältnis Bund-Einzelstaaten regelte – als auch die Revolutionsverfassungen waren nämlich Organisationsstatute; Grundrechtsverbürgungen wurden anderweitig niedergelegt – in der declaration aus dem ersten Revolutionsjahr oder in schon existenten Bills of Rights der Kolonien. Während in den USA bereits durch die ersten amendments auch die Grundrechte in eine einheitliche Verfassungsurkunde überführt wurden<sup>174</sup>, nimmt noch die Verfassung der fünften Französischen Republik, die de Gaulle-Verfassung von 1958, nur in ihrer Präambel auf die déclaration Bezug<sup>175</sup>. Die Menschenrechtserklärung veränderte sich freilich parallel zu den nun gehenden und kommenden Verfassungen<sup>176</sup>: Die Déclaration Girondine wird in die girondistische Verfassung mit charakteristischen Änderungen, etwa zur Unverletzbarkeit des Eigentums, aufgenommen. Die demokratisch-republikanische Verfassung von 1793 stellt eine „Déclaration Jacobine“, die von 17 auf 35 Artikel aufgebläht wurde, mit starker Betonung der Gleichheit der Menschen aber auch wirtschaftlicher und sozialer Rechte voran. Die Verfassung der bürgerlichen Republik von 1795 veränderte den Rechtekatalog erneut im Sinne eines Rückbaus der naturrechtlich-vorstaatlichen Anklänge und der Betonung der

173 Vgl. die Typologie bei *Wieser*, Vergleichendes Verfassungsrecht (Fn. 163), S. 70 ff.

174 *Akhil Reed Amar*, *America's Constitution*, New York 2015, S. 313 ff.

175 „Le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946.“ Dazu etwa *Gérard Marcou*, Pouvoir et institutions, in: *Hamon/Lelièvre* (Hrsg.), *L' Héritage politique de la Révolution française*, 1993, S. 23 (33); vgl. insgesamt zu dieser Verfassung *Rainer Grote*, *Das Regierungssystem der V. französischen Republik*, 1995, S. 199.

176 *Oestreich*, *Menschenrechte* (Fn. 172), S. 71 ff.; *Andreas Kley*, *Verfassungsgeschichte der Neuzeit*, 3. Aufl. 2013, S. 153 ff.

Pflichtendimension der Bürger<sup>177</sup>. Man kann so schon an den Veränderungen der *déclaration* von 1789 den Verlauf der Revolution nachvollziehen: Die Abhängigkeit von Verfassungstexten von der konkreten politisch-historischen Situation spiegelt sich unmittelbar und wird evident.

In Deutschland zur Zeit der bloß herrschaftsmodifizierenden, die Legitimationsgrundlage des monarchischen Prinzips unangetastet lassenden Funktion der oktroyierten oder paktierten Verfassungen seit dem Frühkonstitutionalismus, gehörten staatlich gewährte, auf die Staatsangehörigen begrenzte Grundrechte zum Standardprogramm. Mangels Vorrangs der Verfassung und mangels richterlicher Aktivierung umrissen die konstitutionellen Grundrechte nur den Bereich gesellschaftlicher Freiheit um dadurch wiederum das Auslösen des Vorbehalts des Gesetzes bestimmen zu können. Irgendwelche „materiellen“ rechtlichen Wirkungen können ihnen so nicht zukommen. Auf zentralstaatlicher Ebene war die Paulskirchenverfassung als zwar nicht in Kraft getretene, dafür aber um so nachhaltiger fortwirkende Vollverfassung konzipiert, während die Bismarcksche Reichsverfassung als Organisationsstatut eines Fürstenbundes auf die Grundrechtsverbürgungen der nunmehr bloß noch gliedstaatlichen Verfassungen und damit letztlich auf die Gewährleistungsfunktion des Gesetzes verweisen konnte. Eine in der deutschen Verfassungsgeschichte singulär gebliebene Diskussion über mögliche, zweckmäßige und notwendige Verfassungsinhalte entbrannte im Vorfeld und während der Weimarer Nationalversammlung. Ausgehend von der Ausarbeitung eines Verfassungsentwurfs durch eine Sachverständigenkonferenz unter Leitung von *Hugo Preuß* und unter Mitarbeit von *Max Weber* und dem jedoch weitgehend verhinderten *Gerhard Anschütz*<sup>178</sup> entbrannte eine intensi-

177 Vgl. etwa im Überblick *Oestreich*, Menschenrechte (Fn. 172), S. 71; *Hans Fenske*, Der moderne Verfassungsstaat, 2001, S. 158 ff.; vgl. aus neuerer Zeit etwa Art. 29 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte vom 10. Dezember 1948: „1. Jeder hat Pflichten gegenüber der Gemeinschaft, in der allein die freie und volle Entfaltung seiner Persönlichkeit möglich ist.“

178 Vgl. *Jasper Mauersberg*, Ideen und Konzeption Hugo Preuß' für die Verfassung der deutschen Republik 1919 und ihre Durchsetzung im Verfassungswerk von

ve Diskussion über Nutzen und Nachteil eines Grundrechtskatalogs von Verfassungsrang, an der sich so bedeutende Wissenschaftler wie der alte *Otto von Gierke* und der bereits erwähnten *Max Weber*, weite Teile der Öffentlichkeit, namentlich der public intellectual avant la lettre *Friedrich Naumann*, und der Politik, v.a. *Friedrich Ebert* beteiligten. Hartnäckig gegen einen umfassenden, über Glaubens- und Gewissensfreiheit sowie einen Minderheitenschutz hinausgehenden Grundrechtsteil argumentierte unermüdlich *Preuß*, der bereits im – wohl durch die OHL veranlassten<sup>179</sup> – „Kriegsentswurf“ für eine Verfassungsreform einen solchen ohne weitere Erläuterung als „nicht ratsam“<sup>180</sup> bezeichnet hatte. Aus „taktischen und politischen Gründen“ sprach *Ebert* schließlich ein „Machtwort“ zugunsten der Ausarbeitung eines umfassenden Grundrechtsteils<sup>181</sup>.

Existenz, Struktur und Position eines Grundrechtskatalogs sind nur ein Beispiel für die Kontingenz von Verfassungsinhalten. So verwundert es nicht, dass sich in konstitutionellen Verfassungen regelmäßige Vorschriften über das Fürstenhaus<sup>182</sup>, dessen Thronfolge<sup>183</sup>, die sog. Zivilliste<sup>184</sup> u.ä. fanden, während in Verfassungen nach Großkatastrophen wie etwa dem Grundgesetz zahlreiche Normen sich mit Kriegsfolgen (Art. 74 Abs. 1 Nr. 6, 9 und 10; Art. 116, 131 GG), Kriegsfolgenlasten (Art. 73 Abs. 1 Nr. 13; Art. 120, 120a GG), Heimatvertriebenen

Weimar, 1991, S. 60 ff.; vollständig zusammengestelltes Material jetzt bei *Hugo Preuß*, *Gesammelte Schriften*, Bd. 3: *Das Verfassungswerk von Weimar*, 2015.

179 *Günther Gillissen*, *Hugo Preuß*, 2000, S. 98.

180 *Hugo Preuß*, *Volksstaat oder verkehrter Obrigkeitsstaat?*, in: *ders.*, *Staat, Recht und Freiheit*, 1926, S. 365, 367 f.

181 *Susanne Miller*, *Die Regierung der Volksbeauftragten 1918/1919*, 1969, Teil 2, S. 240.

182 Fürstentum Liechtenstein: Art. 3 Verfassung vom 5. Oktober 1921 mit Verweis auf das Hausgesetz, noch in Kraft; Frankreich: Zweites Kapitel, Abschnitte 1 bis 3 Verfassung vom 3. September 1791 (insgesamt 38 Artikel).

183 Art. 5 Portugiesische Verfassungscharta vom 19. April 1826.

184 § 9 Durchgesehenes Grundgesetz des Dänischen Reiches vom 5. Juni 1849 in der Fassung vom 28. Juli 1866; §§ 9 f. Grundgesetz des Dänischen Reiches vom 5. Juni 1915.

(Art. 119 GG) usw. befassen<sup>185</sup>. Die Kontingenz des Verfassungsinhalts hängt nun freilich nicht nur von der konkreten historisch-politischen Situation ab, sondern auch davon, ob die Verfassung Vorrang genießt oder nicht.

Aufschluss über Verfassungsinhalte versprechen auch Längsschnitte bestimmter Regelungsfelder von Verfassungen durch mehrere verfassungsgeschichtliche Epochen hinweg. Das zu beschreibende Phänomen kann als „Rationalisierung“ von Verfassungstexten bezeichnet werden. Verdeutlichen kann man dies am Gleichheitssatz<sup>186</sup>. Die bloß herrschaftsmodifizierenden deutschen konstitutionellen Verfassungen des 19. Jahrhunderts gehen anders als die westlichen herrschaftskonstituierenden und damit revolutionären Verfassungen nicht von der vorstaatlichen Gleichheit und Freiheit der Menschen aus<sup>187</sup>. Rechte, auch Gleichheitsrechte, werden staatlicherseits gewährt<sup>188</sup>. Gleichheitsverbürgungen erweisen sich so als besondere Gleichheitssätze: Die Steuergleichheit<sup>189</sup>, die Wehrgleichheit<sup>190</sup> sowie der gleiche Zugang zu öffentlichen Ämtern<sup>191</sup> sind typische Formen. Ein allgemeiner

185 Vgl. zu den Themenfeldern von Schluss- und Übergangsvorschriften in diesem Zusammenhang *Christian Waldhoff*, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, Loseblattsammlung, Vorbem. zu Art. 116–146 Rdnr. 16 ff. (Stand der Kommentierung: 168. Lieferung Juli 2014).

186 Vgl. zum Nachfolgenden *Christian Waldhoff*, *Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Steuergesetzgebung im Vergleich Deutschland-Schweiz*, 1997, S. 219 ff.

187 *Grimm*, *Verfassungsgeschichte* (Fn. 92), S. 129 ff.

188 Vgl. *Karl Schweiger*, *Zur Geschichte und Bewertung des Willkürverbots*, in: FS zum 25jährigen Bestehen des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs, 1972, S. 55 (58) am Beispiel Bayerns.

189 Vgl. etwa § 13 der Verfassungsurkunde für das Königreich Bayern vom 26. Mai 1818: „Die Theilnahme an den Staats-Lasten ist für alle Einwohner des Reiches allgemein, ohne Ausnahme irgend eines Standes, und ohne Rücksicht auf vormals bestehende besondere Befreyungen.“

190 Vgl. etwa § 137 Abs. 7 der Paulskirchenverfassung vom 28. März 1849: „Die Wehrpflicht ist für alle gleich; Stellvertretung bei derselben findet nicht statt“; dazu *Otto Luchterhand*, *Grundpflichten als Verfassungsproblem in Deutschland*, 1988, S. 115.

191 Vgl. etwa § 34 der Verfassungsurkunde für das Königreich Sachsen vom 4. September 1831: „Die Verschiedenheit des Standes und der Geburt begründet keinen Unterschied in der Berufung zu irgend einer Stelle im Staatsdienste.“

Gleichheitssatz entwickelt sich erst allmählich daneben<sup>192</sup> – es gehört zu den Modernitätselementen der revidierten Preußischen Verfassungsurkunde, die diese allgemeine Rechtsgleichheit (natürlich ohne Bindung des Gesetzgebers selbst) für alle Preußen gewährleistet<sup>193</sup>. Solche Entwicklungen können dazu führen, dass die besonderen Gleichheitssätze verschwinden, im allgemeine Gleichheitssatz aufgehen<sup>194</sup>. Gut zeigen kann man das am Beispiel der Steuergleichheit<sup>195</sup>. Die (früh-)konstitutionellen Verfassungen enthalten zahlreiche Verheißungen, wie das zukünftige Steuersystem aussehen soll: Privilegien sollen abgeschafft, die Besteuerung soll sich an der Leistungsfähigkeit des Einzelnen ausrichten und andere inhaltliche Postulate erscheinen positiviert<sup>196</sup>. Es handelt sich um typische Verheißungsnormen ohne rechtliche Bindung<sup>197</sup>. Im Grundgesetz findet sich keine explizite Bestimmung zur Besteuerungsgleichheit; die entsprechenden Prüfungsmaßstäbe hat das Bundesverfassungsgericht in sachbereichsspezifischer Konkretisierung von Art. 3 Abs. 1 GG geschaffen<sup>198</sup>. Anders

192 *Grimm*, Verfassungsgeschichte (Fn. 92), S. 131.

193 Art. 4; dazu *Michael Kotulla*, Die Tragweite der Grundrechte der revidierten preußischen Verfassung vom 31.1.1850, 1992, S. 30 ff.

194 Allgemein *Möstl*, Regelungsfelder (Fn. 88), Rdnr. 9.

195 *Waldhoff*, Vorgaben (Fn. 186), S. 219 ff., 260 ff.

196 Vgl. etwa § 39 der Verfassungsurkunde für das Königreich Sachsen vom 4. September 1831: „Es soll ein neues Abgabensystem festgestellt werden, wobei die Gegenstände der direkten und indirekten Besteuerung nach möglichst richtigem Verhältnisse zur Mitleidenheit gezogen werden.“ Oder § 173 der Paulskirchenverfassung: „Die Besteuerung soll so geordnet werden, daß die Bevorzugung einzelner Stände und Güter in Staat und Gemeinde aufhört.“

197 Näher *Rainer Wahl*, Rechtliche Wirkungen und Funktionen der Grundrechte im deutschen Konstitutionalismus des 19. Jahrhunderts, *Der Staat* 18 (1979), S. 321 (330, 335 ff.); *Ulrich Scheuner*, Begriff und rechtliche Tragweite der Grundrechte im Übergang von der Aufklärung zum 19. Jahrhundert, in: *Von der ständischen Gesellschaft zur bürgerlichen Gleichheit*, Beiheft 4 zu „Der Staat“, 1980, S. 105 (107).

198 Darstellungen der Judikatur bei *Klaus Vogel/Christian Waldhoff*, in: *Kahl/Waldhoff/Walter* (Hrsg.), *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, Loseblattsammlung, Vorbem. zu Art. 104a–115 Rdnr. 500 ff. (Stand der Kommentierung: 82. Lieferung Dezember 1997); *Christian Waldhoff*, Steuerrecht und Verfassungsrecht. Bericht über ausgewählte Entscheidungen zu verfassungsrechtlichen Vorgaben für die Besteuerung der Jahre 2002 bis 2007, *Die Verwaltung* 41 (2008), S. 259 ff.; *ders.*,

ausgedrückt: Nachdem der Vorrang der Verfassung endgültig durchgebrochen ist, hat sich der Verfassungstext im Sinne einer stärkeren Abstraktion rationalisiert. Alles, was selbstverständlich im allgemeinen Gleichheitssatz mit seiner umfassenden Bindungskraft verortet werden kann, kann als explizite Sonderbestimmung gestrichen werden<sup>199</sup>. Diese Generalisierung dient der Entlastung und damit Rationalisierung des Verfassungstextes. Wenn man die hier skizzierte Entwicklungslinie als zwei sich kreuzende Geraden mit einem Bild verdeutlichen will – abnehmende Textgestalt bei steigender Bindungswirkung – steht im Kreuzungspunkt kaum zufällig die einschlägige Bestimmung der Weimarer Reichsverfassung: In Art. 134 WRV<sup>200</sup> verdichtet sich die Essenz der steuerverfassungsrechtlichen Tradition des 19. Jahrhunderts in einer letzten expliziten einzigen Bestimmung genau in dem Zeitpunkt, in dem der Vorrang der Verfassung in Deutschland angesichts des legitimatorischen Systemwechsels durchbricht<sup>201</sup>. Solche Entwicklungsstränge könnten für andere Regelungsfelder mit je eigenen Besonderheiten ebenfalls gezeigt werden.

Entscheidenden Einfluss auf den Verfassungsinhalt haben auch die Modalitäten der Verfassungsänderung<sup>202</sup>. Die Änderungsfrequenz hat Rückwirkungen auf die Inhalte<sup>203</sup>. Wenn eine Verfassung einfach zu ändern oder zu ergänzen ist, werden regelmäßig tagesaktuelle Rege-

Steuerrecht und Verfassungsrecht. Bericht über ausgewählte Entscheidungen zu verfassungsrechtlichen Vorgaben für die Besteuerung aus den Jahren 2008 bis 2014, Die Verwaltung 48 (2015), S. 85 ff.

- 199 Vgl. auch *Böckenförde*, Staatsrecht (Fn. 162), S. 16 f.: „Es ist ein Merkmal aller Verfassungsgebung, daß sie nur bestimmte, besonders wichtig erscheinende oder umstrittene Materien des staatlich-politischen Lebens herausgreift und unmittelbar regelt, andere hingegen, die selbstverständlich scheinen oder gar nicht in Frage gestellt waren, ungeregelt läßt. Das was gelten soll, ist hier stillschweigend vorausgesetzt.“
- 200 „Alle Staatsbürger ohne Unterschied tragen im Verhältnis ihrer Mittel zu allen öffentlichen Lasten nach Maßgabe der Gesetze bei.“
- 201 Ausführlich *Waldhoff*, Vorgaben (Fn. 186), S. 233 ff., 260 ff.; *ders.*, 60 Jahre Grundgesetz – aus der Sicht des Steuerrechts, JöR 59 (2011), S. 119 (124 ff.).
- 202 Näher *Steffen Augsberg*, Das verfassungsändernde Gesetz, in: Kluth/Krings (Hrsg.), Gesetzgebung, 2014, § 28 Rdnr. 1 ff.
- 203 Vgl. insgesamt *Brun-Otto Bryde*, Verfassungsentwicklung, 1982, S. 116 ff.

lungen aufgenommen; die Verfassungsänderung oder -ergänzung wird zum Arsenal politischer Willensbildung und Kompromissfindung<sup>204</sup>. Ein interessantes Beispiel ist hier wiederum die Schweiz. Weil das Volksinitiativrecht auf Bundesebene nur hinsichtlich einer Änderung der Bundesverfassung zur Verfügung steht, nicht für die Ebene des einfachen Bundesgesetzes<sup>205</sup>, suchen zahlreiche politische Initiativen hier ihr Heil<sup>206</sup>. So ist es zu erklären, dass bemerkenswerte Inhalte den Verfassungstext vor der Totalrevision 1999/2000 überfrachteten, etwa das Absinthverbot von 1908<sup>207</sup>. Eine Volksinitiative zur Beseitigung

204 *Stylianos-Ioannis Koutnatzis*, *Kompromisshafte Verfassungsnormen*, 2010, S. 220 f., 245 ff.

205 *Yvo Hangartner*, *Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts*, Bd. 1, 1980, S. 109.

206 *Ulrich Häfelin/Walter Haller*, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 8. Aufl. 2012, Rdnr. 1798 ff., 1800a ff.; dort, Rdnr. 1798, auch zu Reformbemühungen, die dem „Umstand Rechnung tragen, dass nach geltendem Recht im schweizerischen direktdemokratischen System häufig Begehren, die auf Gesetzesstufe geregelt werden sollten, auf dem Initiativweg in die Verfassung gelangen.“; Vgl. bereits klassisch *Kägi*, *Grundordnung* (Fn. 8), S. 59 f.: „Zumal dort, wo im Wege der Volksinitiative die Aufnahme neuer Rechtssätze in die Verfassung verlangt werden kann, drängte sich zuweilen alles Mögliche in die Verfassung hinein, nur um der Verfassungskraft teilhaftig zu werden.“

207 Art. 32ter: „(1) Fabrikation, Einfuhr, Transport, Verkauf und Aufbewahrung zum Zwecke des Verkaufs des unter dem Namen Absinth bekannten Liqueurs sind im ganzen Umfange der Eidgenossenschaft verboten. Dieses Verbot bezieht sich auch auf Getränke, die unter irgendwelcher Bezeichnung eine Nachahmung dieses Liqueurs darstellen. Vorbehalten bleiben der Durchgangstransport und die Verwendung zu pharmazeutischen Zwecken. (2) Das Verbot tritt zwei Jahre nach seiner Annahme in Kraft. Die Bundesgesetzgebung wird die infolge des Verbotes notwendig werdenden Bestimmungen treffen. (3) Der Bund hat das Recht, dasselbe Verbot auf dem Wege der Gesetzgebung in bezug auf alle anderen absinthhaltigen Getränke zu erlassen welche eine öffentliche Gefahr bilden.“; Zum entstehungsgeschichtlichen Hintergrund *Walther Burckhardt*, *Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874*, 3. Aufl. 1931, S. 264 f.; ferner *Wolf Linder*, *Schweizerische Demokratie*, 1999, S. 250; *Isensee*, *Stil der Verfassung* (Fn. 3), S. 48 f. Dort wird neben weiteren sich mit Alkohol befassenden Verfassungsnormen auf den sich mit der Getreideversorgung beschäftigenden Art. 23bis hingewiesen: „(1) Der Bund unterhält die zur Sicherung der Versorgung des Landes nötigen Vorräte von Brotgetreide. Er kann die Müller verpflichten, Brotgetreide zu lagern und seine Vorräte zu übernehmen, um deren Auswechslung zu erleichtern. (2) Der Bund fördert den Anbau von Brotgetreide im Inland und be-

übermäßigen Hundedrecks in den Straßen scheiterte nur an der fehlenden Mehrheit<sup>208</sup>. Auch das so umstrittene verfassungsrechtlich verankerte Minarettverbot (Art. 72 Abs. 3 BV) findet hier seine Verortung<sup>209</sup>. *Georg Müller* konstatiert: „Die Verfassung wird in ausgeprägtem Maße zum ‚politischen Fechtboden‘: Schon auf dieser Ebene müssen Entscheidungen gefällt werden, die in anderen politischen Systemen dem Gesetzgeber überlassen bleiben können, weil nur so der für die Annahme einer Vorlage für das Volk notwendige Konsens zustande kommt. Die Verfassung genießt nicht nur einen rechtlichen, sondern auch einen deutlichen politischen Vorrang gegenüber dem Gesetz.“<sup>210</sup> *Isensee* charakterisiert derartige Normen aus deutscher Sicht (vor der Totalrevision 1999/2000): „Die Regelungen sind anschaulich, bodenständig und allgemeinverständlich, aber auch situationsabhängig und leicht überholbar. Sie sind konkret; aber Überfülle an Konkretem macht das Verfassungsgesetz unübersichtlich. Angesichts

günstigt die Züchtung sowie die Beschaffung hochwertigen inländischen Saatgutes. Er übernimmt gutes, mahlfähiges Inlandsgetreide zu einem Preise, der den Getreidebau ermöglicht. Die Müller können verpflichtet werden, dieses Getreide zum Selbstkostenpreis des Bundes zu übernehmen. (3) Der Bund sorgt für die Erhaltung des einheimischen Müllereigewerbes, desgleichen wahrt er die Interessen der Mehl- und Brotkonsumenten. Er beaufsichtigt im Rahmen der ihm übertragenen Aufgaben den Verkehr mit Brotgetreide, Backmehl und Brot, sowie deren Preise. Der Bund trifft die nötigen Maßnahmen zur Regelung der Einfuhr des Backmehls; er kann sich das ausschließliche Recht vorbehalten, das Backmehl einzuführen. Der Bund gewährt nötigenfalls den Müllern Erleichterungen auf den Transportkosten im Innern des Landes. Er trifft zugunsten der Gebirgsgegenden Massnahmen, die geeignet sind, einen Ausgleich der Mehlpreise herbeizuführen.“ Vor dem Hintergrund von Erfahrungen aus dem Ersten Weltkrieg und mit deutlich erkennbaren landwirtschaftspolitischen Impetus wurde nach längeren Auseinandersetzungen der Artikel durch Volksabstimmung am 3. März 1929 angenommen, zu den Einzelheiten *Burckhardt*, Kommentar, a.a.O., S. 160 ff.

208 Volksinitiative „Zur Hundekotentfernung auf öffentlichem Grund“, BBl 1988 I 166.

209 Dazu etwa *Jakob Nolte*, Kann der Souverän rechtswidrig handeln?, DÖV 2010, S. 806 ff.; *Andreas Kley/Alexander Schaer*, Gewährleistet die Religionsfreiheit einen Anspruch auf Minarett und Gebetsruf?, in: Tanner/Müller/Mathwig/Lienemann (Hrsg.), Streit um das Minarett. Zusammenleben in der religiös pluralistischen Gesellschaft, Zürich 2009, S. 87 ff.

210 *Müller*, Rechtssetzung (Fn. 5), S. 138.



dieses Wildwuchses erhebt sich in der Schweiz schon seit Jahrzehnten die verfassungspolitische Forderung, daß nur Bestimmungen in die Verfassung eingefügt werden können, „die sich auf die Grundordnung der Eidgenossenschaft beziehen“.<sup>211</sup>

## 2. *Die Kontingenz von Idealbildern der Verfassung: Vom universalistischen Anspruch zur kontextualisierten Verfassungsfunktionslehre*

Am Anfang des modernen Verfassungsstaates stand die bereits zitierte emphatische Aussage über den notwendigen Verfassungsinhalt in der Menschenrechtserklärung der Französischen Revolution<sup>212</sup>. Das entsprach dem durchaus missionarischen Charakter dieses Umbruchs, bis hin zur Sakralisierung des Verfassungsprojekts<sup>213</sup>. *Carl Schmitt* hat in Erinnerung gerufen, dass der Idealbegriff einer Verfassung (und damit auch ihres Regelungsinhalts) ein politischer Kampfbegriff war: Nur eine geschriebene Verfassungsurkunde mit einem System von Garantien bürgerlicher Freiheit und der staatsorganisatorischen Unterscheidung der Gewalten wurde überhaupt als Verfassung anerkannt, jegliche andere Herrschaftsorganisation exkludiert<sup>214</sup>. Mit dem Siegeszug der Idee rechtsgebundener, d.h. konstitutionalisierter (demokratischer) Herrschaft mussten sich die Mindestinhalte notwendigerweise kon-

211 *Isensee*, Stil der Verfassung (Fn. 3), S. 49.

212 Oben IV 1; zum universalistischen Charakter der Menschenrechtserklärung nur *Jules Michelet*, Geschichte der Französischen Revolution, Bd. 1, 2009, S. 175.

213 *Isensee*, Stil der Verfassung (Fn. 3), S. 57 f.; vgl. auch *dens.* (Hrsg.), Menschenrechte als Weltmission, 2009. Zu Sakralisierungstendenzen in Bezug auf Verfassungen und Verfassungsrecht in der Gegenwart *Andreas Kley*, Sakralisierung von Staatsrecht und Politik, in: Bovay/Nguyen (Hrsg.), *Mélanges en l'honneur de Pierre Moor*, 2005, S. 95 (102 ff.); *Horst Dreier*, Gilt das Grundgesetz ewig?, 2009, S. 98 ff.; *Christian Waldhoff*, Heilserwartungen an Recht und Verfassung, in: Ebner u. a. (Hrsg.), *Staat und Religion*, 2014, S. 229 (238 ff.).

214 *Schmitt*, Verfassungslehre (Fn. 7), S. 36 ff.

textualisieren<sup>215</sup>. Die ältere Literatur hat vor diesem Hintergrund, vor allem angesichts des Verblassens des universalistischen Elements der Verfassungsbewegung<sup>216</sup>, in induktivem Vorgehen<sup>217</sup> typische Verfassungsinhalte systematisiert. Auf dem Höhe- und Endpunkt des Konstitutionalismus führt *Georg Jellinek* in seiner Staatslehre, die ein eigenes Kapitel „Die Staatsverfassung“ enthält, zwar noch übliche Verfassungsinhalte auf: „Die Verfassung des Staates umfaßt demnach in der Regel die Rechtssätze, welche die obersten Organe des Staates bezeichnen, die Art ihrer Schöpfung, ihr gegenseitiges Verhältnis und ihren Wirkungsbereich festsetzen, ferner die grundsätzliche Stellung des einzelnen zur Staatsgewalt.“<sup>218</sup> Oder wenig später prägnant: „Was aber ist der Inhalt der Verfassung in jenen Staaten, die eine Verfassungsurkunde besitzen? Im allgemeinen läßt sich darauf antworten, daß sie die Grundzüge der staatlichen Organisation und Zuständigkeiten, sowie die Prinzipien für die Anerkennung der Rechte der Untertanen enthält.“<sup>219</sup> *Jellinek* konstatiert dann jedoch: „Allein eine feste Grenze der Verfassungsgesetzgebung gegenüber der einfachen konnte nicht einmal die mit der entschiedenen Forderung einer solchen hervortretende naturrechtliche Theorie ziehen. Noch weniger ist das der verfassungsgebenden Praxis gelungen. Man braucht bloß einen flüchtigen Blick auf die zahlreichen, seit einem Jahrhundert entstandenen Verfassungsurkunden zu werfen, um das zu erkennen. Viele Verfassungen enthalten keineswegs das ganze Verfassungsrecht im materiellen Sinne. Ferner sind in der einen genaue Bestimmungen über die Wahlrechte zu den Kammern und die parlamentarischen Geschäftsformen zu finden, die in anderen in einfache Gesetze verwiesen sind. Dort sind die Rechtssätze über Erwerb und Verlust der Staatsangehörigkeit oder die staatsrechtliche Stellung der Gemeinden genau erör-

215 Vgl. etwa *Jürgen Gebhardt*, Die Idee der Verfassung: Symbol und Instrument, in: Kimmel (Hrsg.), Verfassungen als Fundament und Instrument der Politik, 1995, S. 9 ff.

216 Zum „Universalismus der geschriebenen Verfassung“ das so betitelte Kapitel bei *Karl Loewenstein*, Verfassungslehre, 1959, S. 137 f.

217 Vgl. *Winterhoff*, Verfassung (Fn. 54), S. 69 ff.

218 *Georg Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl. 1914, S. 505.

219 *Jellinek*, Staatslehre (Fn. 218), S. 532.

tert, hier sind sie mit gänzlichem Stillschweigen übergangen; bald sind eingehende Bestimmungen über das Finanzwesen, die Organisation der Staatsbehörden, den Umfang der individuellen Freiheitsrechte vorhanden, bald nur wenige allgemeine Sätze über diese Gegenstände. Wichtige und unwichtige Gegenstände stehen häufig nebeneinander, während man andererseits tiefeingreifende Regeln über die staatliche Organisation oft in einfachen Gesetzen zu suchen hat.“<sup>220</sup> Eine Lehre von den Inhalten der Verfassungsurkunde ist damit weitgehend aufgegeben<sup>221</sup>. Wenn die Allgemeine Staatslehre als das Auffangbecken für alle aus der grundsätzlich positivistisch ausgerichteten Staatsrechtslehre des Konstitutionalismus ausgeschlossenen angeblich „unjuristischen“ Aspekte<sup>222</sup> sich verweigert<sup>223</sup>, kann sich keine Theorie des Verfassungsinhalts entwickeln. Es bleibt auch hier nur der Vorrang der Verfassung bzw. ihre erschwerte Abänderbarkeit als Abgrenzungskriterium übrig.

In der Gegenwart bleiben zwei Ansatzpunkte für „Idealbilder“ von Verfassungen bzw. ihrer notwendigen oder sinnvollen bzw. möglichen Inhalte auf verfassungstheoretischer Ebene: Wirkliche oder vermeintliche völkerrechtliche Vorgaben bzw. deren Abstraktion sowie der Ausbau einer verfassungstheoretischen Verfassungsfunktionenlehre<sup>224</sup>. Die noch in anderem Zusammenhang zu behandelnden, den universalistischen Ansatz mit anderen Mitteln fortsetzenden völkerrechtlichen Vorgaben leiden – einmal davon abgesehen, dass sie eher zu normativen Vorgaben zu zählen wären – von vornherein unter der Spannung, dass übernationales Recht den Staat mit seiner Verfasstheit stets voraussetzt, in moderner Entwicklung jedoch inhaltlichen Einfluss nicht nur auf die Rechts-, sondern auch die Verfassungsordnungen nehmen

220 *Jellinek*, Staatslehre (Fn. 218), S. 532 f.

221 Vgl. aber zwei Gegenbeispiele aus der Schweiz *Kägi*, Grundordnung (Fn. 8), S. 59 ff.; *Thomas Dunn*, Die richtige Verfassung, 1971, S. 124 ff.; vgl. ferner die Ansätze bei *Peters*, Elemente (Fn. 67), S. 63 ff.

222 Klassisch *Hans Kelsen*, Allgemeine Staatslehre, 1925, S. 44 f.; wiederum klassische Gegenkritik bei *Schmitt*, Verfassungslehre (Fn. 7), S. 55.

223 Vgl. zur Kritik bereits *Kägi*, Grundordnung (Fn. 8), S. 12, 65 ff.

224 Rückbezug auf die Verfassungsfunktionen in historischer Perspektive bei *Grimm*, Verfassungsgeschichte (Fn. 92), S. 57.

will, als *Ius cogens* sich funktional als neues Naturrecht erweist (dazu unter 6.).

Eine Lehre von den Funktionen der Verfassung vermeidet diesen riskanten Höhenflug mit seinen Aporien und erscheint eher in der Lage zu sein, Antworten für konkrete Verfassungsprojekte, Reformvorhaben und Verfassungsänderungen zu liefern. Eine Lehre von den notwendigen und möglichen Funktionen einer Verfassung besitzt in Deutschland jedoch allenfalls eine eingeschränkte Tradition. Die eingeführten Staatsrechtslehrbücher behandeln die Funktion(en) der Verfassung nur randständig<sup>225</sup>. Da Verfassungsreformen in Deutschland traditionell eher niedrig gehängt werden, konnte sich auch keine grundsätzliche Debatte entwickeln<sup>226</sup>. Eine bemerkenswerte Ausnahme macht hier *Ernst-Wolfgang Böckenförde*s Konzeption der Verfassung als „Rahmenordnung“<sup>227</sup> – die freilich eher für eine Einhegung verfassungsgerichtlicher Kontrollsdichte, denn als Theorieelement für

- 225 Vgl. etwa *Badura*, Staatsrecht (Fn. 45), Rdnr. A 13; *Michael Kloepper*, Verfassungsrecht I, 2011, § 1 Rdnr. 131 ff.; *Christoph Degenhart*, Staatsrecht I, 31. Aufl. 2015, Rdnr. 14 f.; *Jörn Ipsen*, Staatsrecht I, 27. Aufl. 2015, Rdnr. 23 f.; *Ingo von Münch/Ute Mager*, Staatsrecht I, 8. Aufl. 2016: keine Ausführungen zur Funktion der Verfassung; ebenso *Ulrich Battis/Christoph Gusy*, Einführung in das Staatsrecht, 5. Aufl. 2011. Recht ausführlich demgegenüber *Stern*, Staatsrecht (Fn. 120), S. 78 ff. sowie *Martin Morlok/Lothar Michael*, Staatsorganisationsrecht, 2. Aufl. 2015, § 2. *Hesse*, Grundzüge (Fn. 51), beginnt – von der Verfassung und nicht vom Staat ausgehend – seine Darstellung mit Begriff und Funktion der Verfassung, reduziert diese freilich einseitig in modernisierender Anknüpfung an die Smend'sche Integrationslehre auf das Postulat der politischen Einheitsbildung, Rdnr. 5 ff.
- 226 Vgl. jedoch *Dieter Grimm*, Verfassungsfunktion und Grundgesetzreform, AöR 97 (1972), S. 489 ff. (wieder abgedruckt in: *ders.*, Die Zukunft der Verfassung, 1991, S. 313 ff.); *Karpen*, verfassungsrechtliche Grundordnung (Fn. 167), S. 433 ff.; *Franz Reimer*, Verfassungsprinzipien, 2001, S. 74 ff.; *Heinrich Lang*, Funktionen der Verfassung, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 12, 3. Aufl. 2014, § 266; aus dem neueren Schrifttum ferner wichtig für hiesige Fragestellung *Mörtl*, Regelungsfelder (Fn. 88); *Markus Kotzur*, Thematik des Verfassungsgesetzes, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 12, 3. Aufl. 2014, § 260; sehr kurz *Martin Morlok*, Soziologie der Verfassung, 2014, S. 10.
- 227 Grundlegend *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Methoden der Verfassungsinterpretation (1976), in: *ders.*, Staat, Verfassung, Demokratie, 2. Aufl. 1992, S. 82 (85 ff.);

Verfassungsfunktionen und Verfassungsänderungen dient. Anders als in der Schweiz, die angesichts zahlreicher Totalrevisionsprojekte auf Bundes- wie auf kantonaler Ebene insofern einen ausgefeilten und langjährigen Diskurs aufzuweisen hat<sup>228</sup>, hat sich das deutsche Interesse, disziplinsoziologisch erklärbar, eher auf den Staat, als auf die Verfassung kapriziert<sup>229</sup>. So enthalten die heute gängigen bzw. noch herangezogenen allgemeinen Staatslehren mit der markanten Ausnahme *Georg Jellineks*<sup>230</sup> regelmäßig eher bescheidene Ausführungen über

vgl. dazu *Norbert Manterfeld*, Die Grenzen der Verfassung, 2000, S. 44 ff.; ferner *Unruh*, Verfassungsbegriff (Fn. 68), S. 408 ff.

- 228 Vgl. etwa *Kurt Eichenberger*, Der Entwurf von 1977 für eine neue schweizerische Bundesverfassung, ZaöRV 40 (1980), S. 477 ff.; *ders.*, Von der Bedeutung und den Hauptfunktionen der Kantonsverfassung, in: FS für Hans Huber, 1981, S. 155 ff.; *ders.*, Sinn und Bedeutung einer Verfassung, ZSR 1991 II, S. 143 ff.; *Walter Gut*, Zum Wandel des Verfassungsverständnisses, ZSR 104 I (1985), S. 345 ff.; *Ulrich Häfelin*, Verfassungsgebung, ZSR 93 II (1974), S. 75 ff.; *Yvo Hangartner*, Verfassungstheorie, Verfassungsrechtsetzung und Verfassungsrechtsfindung, in: St. Galler Festgabe zum schweizerischen Juristentag 1981, 1981, S. 153 ff.; *Max Imboden*, Die Totalrevision der Bundesverfassung, in: *ders.*, Staat und Recht, 1971, S. 511; *Georg Müller*, Inhalt und Formen der Rechtsetzung als Problem der demokratischen Kompetenzordnung, 1979, v.a. S. 131 ff.; *Peter Müller*, Funktionen und Motive einer verfassungsrechtlichen Aufgabennormierung in den Kantonen, 1981; *René A. Rhinow*, Die Totalrevision der Kantonsverfassung, in: FG zum schweizerischen Juristentag 1973, 1973, S. 113 ff.; *Claudio Riesen*, Rechtliche Grundlagen für kantonale Staatsaufgaben, Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtsprechung in Graubünden 1989, S. 114 ff.; *Peter Saladin*, Bemerkungen zu Struktur und Stil der Schweizerischen Bundesverfassung, in: Recueil des travaux suisses présentés au IXe Congrès international de droit comparé, 1976, S. 219 ff.; *ders.*, Verfassungsreform und Verfassungsverständnis, AöR 104 (1979), S. 345 ff.; *Gerhard Schmid*, Offenheit und Dichte in der Verfassungsgebung, in: *Eichenberger u.a.* (Hrsg.), Grundfragen der Rechtssetzung, 1978, S. 315 ff.; *Luzius Wildhaber*, Das Projekt einer Totalrevision der schweizerischen Bundesverfassung, JöR 26 (1977), S. 239 ff.; grundsätzlich *Dunn*, Verfassung (Fn. 221).

- 229 Allgemein zu dieser Präferenz *Möllers*, Staat (Fn. 147).

- 230 *Jellinek*, Staatslehre (Fn. 218), S. 505 ff.; zur Entstehung, Funktion und Untergang dieser Subdisziplin *Oliver Lepsius*, Braucht das Verfassungsrecht eine Theorie des Staates?, EuGRZ 2004, S. 370 ff.; *Christoph Schönberger*, Der „Staat“ der Allgemeinen Staatslehre: Anmerkungen zu einer eigenwilligen deutschen Disziplin im Vergleich mit Frankreich, in: *Beaud/Heyen* (Hrsg.), Eine deutsch-französische

Funktionen einer Verfassung, ja über Verfassungen überhaupt<sup>231</sup>. Die beiden löblichen Ausnahmen auf der Ebene von Handbüchern sind der zwölfte Band des Staatsrechtshandbuchs von *Josef Isensee* und *Paul Kirchhof* in dritter Auflage 2014<sup>232</sup> sowie das Werk „Verfassungstheorie“, herausgegeben von *Otto Depenheuer* und *Christoph Grabenwarter*<sup>233</sup>. Auch die Habilitationsschriften von *Peter Unruh*<sup>234</sup> und *Christian Winterhoff*<sup>235</sup> sowie in europäischer Perspektive von *Anne Peters*<sup>236</sup> müssen erwähnt werden.

Verfassungsfunktionenlehren hängen einerseits stark vom Abstraktionsgrad ab, den sie verfolgen<sup>237</sup>, andererseits sind sie zeit- und landgebunden<sup>238</sup>. Verfassungen als rechtliche Grundordnung von Staaten beanspruchen rechtliche Geltung für sich; sie sind Gesetze, freilich besondere Gesetze. In der Gegenwart<sup>239</sup> sind geschriebene Verfassungen

Rechtswissenschaft? Kritische Bilanz und Perspektiven eines kulturellen Dialogs, 1999, S. 111 ff.

- 231 Bei *Herbert Krüger*, Allgemeine Staatslehre, 1. Aufl. 1964 und *Peter Pernthaler*, Allgemeine Staatslehre und Verfassungslehre, 1986, gibt es keine eigenen Kapitel über die Verfassung; *Thomas Fleiner-Gerster*, Allgemeine Staatslehre, 1980: kein Gliederungspunkt zur Verfassung; *Günter Küchenhoff/Erich Küchenhoff*, Allgemeine Staatslehre, 8. Aufl. 1977, S. 88–96 (von insgesamt 320 Druckseiten); *Reinhold Zippelius*, Allgemeine Staatslehre, 13. Aufl. 1999, S. 51–53 (von insgesamt 466 Druckseiten); *Burkhard Schöbener/Matthias Knauff*, Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl. 2013, § 5 Rdnr. 57 ff. unter dem Leitgesichtspunkt der Verfassungsstaatlichkeit in der Demokratie. Positiv (auch hier) *Roman Herzog*, Allgemeine Staatslehre, 1971, S. 308–322, mit einem Abschnitt über die „Funktionen der Verfassung“. Markante Ausnahme auch bei der freilich stark amerikanisch beeinflussten *Verfassungslehre Karl Loewensteins*, deutsche Ausgabe 1959, S. 130 f. mit einem fünf Punkte umfassenden Katalog „über gewisse Mindestanforderungen einer jeden formalisierten Verfassungsordnung“.
- 232 Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 12: Normativität und Schutz der Verfassung, 3. Aufl. 2014.
- 233 Otto Depenheuer/Christoph Grabenwarter (Hrsg.), Verfassungstheorie, 2010.
- 234 Peter Unruh, Der Verfassungsbegriff des Grundgesetzes, 2002.
- 235 Winterhoff, Verfassung (Fn. 54).
- 236 Anne Peters, Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, 2001.
- 237 Morlok/Michael, Staatsorganisationsrecht (Fn. 225), Rdnr. 19.
- 238 Müller, Rechtssetzung (Fn. 5), S. 131.
- 239 Zur Entwicklung des Vorrangs der Verfassung oben unter III 2 a mit entsprechenden Nachweisen.

ohne Vorrang des Verfassungsrechts kaum noch denkbar – die Existenz einer Verfassungsgerichtsbarkeit ist damit nicht zwingend verbunden, auch wenn die normative Kraft einer Verfassung entscheidend leidet, kann die Einhaltung ihrer Normen nicht gerichtlich überprüft werden. Verfassungen sind zudem staatsbezogen<sup>240</sup> – ohne dass an dieser Stelle über die Sinnhaftigkeit der Verfassungsterminologie für die Europäische Union oder andere supra- oder internationale Entitäten gehandelt werden müsste<sup>241</sup>. Soll die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates fungieren, muss sie zugleich die Staatsgewalt konstituieren wie begrenzen<sup>242</sup>. Staatsgewalt als rechtlich gebundene Herrschaft ist in ihrer Konstruktion rechtsabhängig, indem die Verfassung Staatsorgane und Staatsfunktionen konstituiert. Es gehört zur Grundfunktion moderner Verfassungen, die so konstituierte Staatsgewalt zugleich zu begrenzen. Im Grunde ergibt sich das bereits aus der spezifisch rechtlichen Konstituierung, denn diese erfolgt sogleich durch die Bindung an Organe, an Zwecke u.ä. „Funktionale Organisation des Staatswesens“ und „Beschränkung der staatlichen Macht“<sup>243</sup> erweisen sich als zwei Seiten derselben Medaille. Die Legitimationsfrage ist demgegenüber der Verfassung vorgelagert<sup>244</sup>. Sie gehört zu den – etwa revolutionär – getroffenen oder aufgezwungenen Entscheidungen, die in der Verfassungsurkunde dann ihren Niederschlag finden<sup>245</sup>. Während die Legitimation der Verfassung vorverlagert er-

240 *Dieter Grimm*, Braucht Europa eine Verfassung?, 1994, S. 11.

241 Dazu etwa *Christoph Möllers*, Verfassungsgebende Gewalt – Verfassung – Konstitutionalisierung, in: von Bogdandy (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 1. Aufl. 2003, S. 1.

242 Grundlegend *Horst Ehmke*, Prinzipien der Verfassungsinterpretation, VVDStRL 20 (1963), S. 61 ff.; ferner *Kotzur*, Thematik des Verfassungsgesetzes (Fn. 226), Rdnr. 2.

243 So die Überschriften bei *Morlok/Michael*, Staatsorganisationsrecht (Fn. 225), Rdnr. 21 und 29.

244 Wohl abweichend *Morlok/Michael*, Staatsorganisationsrecht (Fn. 225), Rdnr. 35 ff.

245 *Waldhoff*, Verfassungsgesetz (Fn. 34), Rdnr. 6 ff.; in der Beschreibung der Entstehung von Verfassungen wird damit an einen Grundgedanken der Verfassungslehre *Carl Schmitts* angeknüpft, freilich mit der zentralen Einschränkung, dass bei der wirksamen Verfassung die Legitimität nicht mehr gegen die Legalität, also die

scheint, trifft die Verfassung über die legitime Ausübung der durch sie konstituierten Staatsgewalt durchaus Aussagen, etwa indem sie diese – wie in Art. 20 Abs. 2 GG geschehen – auf das Legitimationssubjekt rückführt. Die beiden zusammenhängenden Pole der Konstituierung wie Begrenzung staatlicher Macht sind weiter herunterzubrechen. Handelt es sich um einen Bundesstaat, sind gebietskompetenzielle Kompetenzabgrenzungen zwingend notwendig<sup>246</sup>. Daher existieren auch keine Bundesstaaten ohne geschriebene Verfassungen<sup>247</sup> und steht am Beginn der modernen Verfassungsbewegung in den USA eine bundesstaatliche Verfassung. Zentrales Element der Begrenzung der Staatsgewalt sind moderne Grundrechte, die neben den organisationsrechtlichen Regelungen durch die Einräumung subjektiver Rechte für den einzelnen die Begrenzungsfunktion aktivieren und sichern. Andere, aufgrund unterschiedlicher Systematisierungsgesichtspunkte generierte Funktionskataloge (Ordnungsfunktion; Integrationsfunktion; Stabilisierungsfunktion; Schutz- und Kontrollfunktion; Freiheitssicherungsfunktion; Staatszielfunktion o.ä.)<sup>248</sup> liegen zu der hier skizzierten Ansicht quer, ohne grundsätzlich unvereinbar zu sein.

Das „konstitutionelle Programm“ jeder Verfassung „bedarf funktionsadäquater normativer Realisierung“<sup>249</sup>. In der geschriebenen Verfassungsurkunde, d.h. im Verfassungsgesetz werden die politischen Grundentscheidungen nicht nur greif- und verstehbar, sondern auch für die Rechtsanwendung fassbar<sup>250</sup>. „Die Verfassung als Gesetz bedeutet, die maßgebenden Grundlagen der politischen Herrschaft und

„Entscheidung“ des Verfassungsgebers nicht mehr gegen den Normtext ausgespielt werden darf; vgl. auch *Kotzur*, Thematik des Verfassungsgesetzes (Fn. 226), Rdnr. 4.

246 Eingehend *Josef Isensee*, Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz, in: ders./Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 6, 3. Aufl. 2008, § 126 Rdnr. 14 ff.; ders., Die bundesstaatliche Kompetenz, ebd., § 133.

247 Vgl. *Isensee*, Stil der Verfassung (Fn. 3), S. 42.

248 Vgl. etwa *Stern*, Staatsrecht I (Fn. 120), S. 82 ff.; *Lang*, Funktionen der Verfassung (Fn. 226); *Peters*, Elemente (Fn. 67), S. 76 ff.

249 *Kotzur*, Thematik des Verfassungsgesetzes (Fn. 226), Rdnr. 1.

250 *Kotzur*, Thematik des Verfassungsgesetzes (Fn. 226), Rdnr. 5; zur sprachlichen Fixierung näher *Ulrich Hufeld*, Urkundlichkeit und Publizität der Verfassung, in:



der öffentlichen Gewalt in der Positivität des gesetzten Rechts einzufangen und festzulegen, sie also den rechtlichen Eigenschaften und dem Vorrang eines besonderen Gesetzes im Stufenbau der Rechtsordnung anzuvertrauen.“<sup>251</sup> Trotz der angedeuteten Kapitulation von Staatslehre und Staatsrecht in Bezug auf notwendige Verfassungsinhalte haben sich so doch „Konventionen über Inhalt und Form des Verfassungsgesetzes herausgebildet, die einen bestimmten Idealtypus ergeben, der relativ feste Kernmerkmale aufweist, auch wenn er sich unterschiedliche Ausgestaltungen offenhält. Die Grundstrukturen sind nicht nur das Ergebnis von historischer Kontingenz und politischer Willkür. Vielmehr sind sie auch und vornehmlich Werk der politischen Vernunft und der politischen Erfahrung. Die Idee der Verfassung entwickelt ihre eigene Gesetzmäßigkeit und ihre innere Logik.“<sup>252</sup> Typologisch können Themenfelder von Verfassungen benannt werden, die unmittelbar Verfassungsfunktionen entsprechen<sup>253</sup>. Notwendige Verfassungsinhalte sind so ein Grundbestand staatsorganisationsrechtlicher Regelungen sowie die Bestimmung der Stellung des einzelnen in dieser Ordnung<sup>254</sup>. Andere Gesichtspunkte, wie etwa die Frage, ob die Verfassung auch eine Ordnung für die Gesellschaft durch Aufrichtung einer Wertordnung normiert oder anleitet, sind zwar heute üblich und überwiegend auch sinnvoll, können jedoch kaum als notwendige Verfassungsgehalte als Folge entsprechender Verfassungsfunktionen angesehen werden<sup>255</sup>. Zentral für eine Vorrang beanspruchende Verfassung sind dabei die Aufstellung von Regeln für die Rechtserzeu-

Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 12, 2014, § 259.

251 *Peter Badura*, Verfassungswandel, Verfassungsgewohnheitsrecht, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 12, 3. Aufl. 2014, § 270 Rdnr. 1.

252 *Isensee*, Stil der Verfassung (Fn. 3), S. 40.

253 Aus neuerer Zeit vor allem *Isensee*, Stil der Verfassung (Fn. 3), S. 41 ff.; *Möstl*, Regelungsfelder (Fn. 88), Rdnr. 14 ff.; *Kotzur*, Thematik des Verfassungsgesetzes (Fn. 226), Rdnr. 9 ff.

254 *Möstl*, Regelungsfelder (Fn. 88), Rdnr. 14 f.

255 Teilweise abweichend *Möstl*, Regelungsfelder (Fn. 88), Rdnr. 16; *Morlok/Michael*, Staatsorganisationsrecht (Fn. 225), Rdnr. 58 ff.

gung<sup>256</sup>. Schon *John Locke* sah in seiner gesellschaftsvertraglich orientierten Staatslehre in der Einrichtung der gesetzgebenden Gewalt den zentralen Punkt jeder Verfassungsordnung: „Das große Ziel, mit welchem die Menschen in eine Gesellschaft eintreten, ist der Genuß ihres Eigentums in Frieden und Sicherheit, und das große Werkzeug und Mittel dazu sind die Gesetze, die in der Gesellschaft erlassen worden sind. Das erste und grundlegende positive Gesetz aller Staaten ist daher die Begründung der legislativen Gewalt. [...]“<sup>257</sup>

Diese Themenfelder erscheinen dann mehr oder weniger stark kontextualisiert<sup>258</sup>. Der Kontextualisierung der Entstehung der Verfassung einschließlich der Frage, welche Inhalte aufgenommen werden, entspricht bei der Arbeit des Juristen strukturell die notwendige Kontextualisierung einer aufgeklärten Verfassungsvergleichen<sup>259</sup>. Dabei können verschiedene Kontext-Ebenen unterschieden werden: Als Grundkontext die politische Situation der Entstehungszeit einschließlich sozio-ökonomischer Faktoren; als „Binnenkontext“ Struktur und Stil der Verfassungsurkunde selbst. Der erstgenannte Kontext ist exogen, der zweite verfassungsimmanent, da Stil und Ausführlichkeit verfassungsgesetzlicher Regelung grundsätzlich der Verfassungsgebung überlassen bleiben<sup>260</sup>. Der Ausführlichkeitsgrad von Verfassungen hat von Anfang an geschwankt. Berücksichtigt war der Verfassungsentwurf *Con-*

256 Im Anschluss an *Kelsen*, der Staatsfunktionen als Rechtserzeugungsfunktionen sieht, so *Isensee*, Stil der Verfassung (Fn. 3), S. 43 f.; *Möstl*, Regelungsfelder (Fn. 88), Rdnr. 31 f.; vgl. bereits oben unter III 2.

257 Über die Regierung (ed. Mayer-Tasch), 1983, Zweite Abhandlung, Kapitel 11, Rdnr. 134, S. 101.

258 Zur Bedeutung der Kontextualisierung in der Verfassungstheorie allgemein, dort hauptsächlich bezogen auf Verfassungsrechtsprechung, *Peter Häberle*, Recht aus Rezensionen, in: *ders.*, Kommentierte Verfassungsrechtsprechung, 1979, S. 44 ff.

259 *Wahl*, Verfassungsvergleichen (Fn. 162); vgl. auch *Möstl*, Regelungsfelder (Fn. 88), Rdnr. 29.

260 Zu Letzterem *Müller*, Rechtssetzung (Fn. 5), S. 140 f.: „Dichte und Bestimmtheitsgrad der Verfassungsvorschriften hängen [...] manchmal von Zufälligkeiten ab. Anzustreben [...] ist in dieser Beziehung schon eine gewisses Gleichmaß, eine durchdachte Auswahl der Regelungen mit Verfassungshöhe, eine sorgfältige Strukturierung der Normen und Normenkomplexe. Eine lebendige Verfassung wird aber immer Unebenheiten aufweisen; der Forderung nach Verfassungsästhetik ist keine hohe Priorität einzuräumen.“

*dorcets* – nicht zufällig Enzyklopädist – für das Verfassungskomitee des Französischen Nationalkonvents vom Februar 1793, der in seiner Detailverliebtheit sogar Größe und Gestaltung der Wahlzettel normieren wollte und nicht nur aus diesen Gründen scheiterte<sup>261</sup>. Besonders ausführliche und detaillierte Verfassungen sind in der Gegenwart etwa diejenige Brasiliens oder als gliedstaatliche Verfassung diejenige Louisianas.

Diese notwendige Kontextbezogenheit ist zugleich die Grenze für Verallgemeinerungen der Verfassungstheorie. Das Spannungsverhältnis zwischen Allgemeinem und Besonderem lässt sich zumindest auf dieser Ebene und in diesem Zusammenhang nur bis zu einem gewissen Punkt auflösen. Es ergeben sich Grenzen aus der – wiederum kontextabhängigen – Leistungsfähigkeit der Verfassung<sup>262</sup>. Auf den Einfluss von Existenz und Kompetenzausstattung einer Verfassungsgerichtsbarkeit in Rückwirkung auf Inhalt und Duktus der Verfassung wird noch zurückzukommen sein.

Entstehungszeitbedingte Variationen und Besonderheiten sind vor diesem Hintergrund nicht nur legitim, sondern u.U. notwendig. Das lässt sich an den Verfassungen der neuen Länder nach 1990 illustrieren. Diese nehmen nicht nur in den Präambeln auf die besondere Situation der friedlichen Revolution Bezug<sup>263</sup>. Sie enthalten teilweise Besonderheiten, die in den nachkonstitutionellen Landesverfassungen der westlichen Länder deplatziert erscheinen könnten.

Es handelt sich nicht zwingend um „Verunreinigungen“ eines Idealbildes, sondern um politische Ausflüsse konkreter Verfassungen als kompromisshafter Entscheidungen.

261 Dazu etwa *Zweig*, *Pouvoir Constituant* (Fn. 22), S. 353 ff.; *Knies*, *Kodex des Staatsrechts* (Fn. 162), S. 221 f.

262 *Grimm*, *Verfassungsfunktion* (Fn. 226), S. 327 ff.; *ders.*, *Der Wandel der Staatsaufgaben und die Krise des Rechtsstaats*, in: *ders.* (Hrsg.), *Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts*, 1990, S. 291 ff.

263 Vgl. etwa Präambel, Art. 116 f. *SächsVerf.* (Wiedergutmachung; Vergangenheitsbewältigung); Art. 21 *VerfBbg.* (Recht auf politische Mitgestaltung); Art. 19 *VerfMV* (Initiativen und Einrichtungen der Selbsthilfe); Präambel, Art. 9 *ThürVerf.* (Recht auf politische Mitgestaltung).

### 3. „Verfassungswürdigkeit“ und „Verfassungsunwürdigkeit“ von Verfassungsinhalten als Probleme einer Gesetzgebungslehre der Verfassung?

Art. 48 Abs. 3 Satz 2 GG sichert den Abgeordneten des Deutschen Bundestages „das Recht der freien Benutzung aller staatlichen Verkehrsmittel“ zu. Unabhängig von der Frage, was heute noch staatliche Verkehrsmittel sind<sup>264</sup>, dürfte Einigkeit darüber bestehen, dass es sich – um eine in solchen Zusammenhängen verwendete Terminologie zu verwenden – um einen „verfassungsunwürdigen“ Inhalt handelt, da eine Nebensächlichkeit in den Verfassungstext aufgenommen wurde, der ihren Charakter als maßstabgebende Grundsatznorm konterkariert<sup>265</sup>. Besondere Bestandskraft der Verfassung und die Aufnahme von Quisquilien stehen von vornherein in einem Spannungsverhältnis<sup>266</sup>. Gleichwohl handelt es sich unstrittig um geltendes Verfassungsrecht. Entsprechende Feststellungen wurden auch in anderen

264 Der Beförderungsanspruch gilt nach zutreffender Ansicht auch für privatisierte Bahn- und Fluggesellschaften, so lange der staatliche Anteil bei mindestens 25% liegt: *Helmut Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Art. 48 Rdnr. 33. Es bleibt somit im Wesentlichen die Deutsche Bahn, vgl. § 16 AbgG.

265 Allgemein *Stern*, Staatsrecht (Fn. 120), S. 89 f.; für die Schweiz wesentlich großzügiger *Hangartner*, Grundzüge (Fn. 205), S. 30: „Weniger schlimm ist demgegenüber, dass zunehmend auch Bestimmungen von untergeordneter Bedeutung in die Bundesverfassung und in Kantonsverfassungen aufgenommen werden. Dadurch wird der klassische Grundsatz verletzt, dass die Verfassung nur grundlegende Regelungen enthalten soll. Die Abgrenzung ist jedoch schwierig. Manche Vorschrift, die heute unwesentlich erscheint, war zur Zeit ihres Erlasses bedeutsam. Eine Verfassungsvorschrift, wonach nur Bestimmungen in die Verfassung eingefügt werden können, die sich auf die Grundordnung des Gemeinwesens beziehen, dürfte kaum durchsetzbar sein. Letzten Endes ist es eine politische, und keine rechtliche Frage, ob eine Norm dem Verfassungsgeber so wichtig erscheint, dass er sie in die Verfassung aufnimmt.“ Demgegenüber aus Schweizer Sicht wesentlich strenger *Kägi*, Grundordnung (Fn. 8), S. 59 f.

266 *Isensee*, Stil der Verfassung (Fn. 3), S. 47. Neben Art. 48 Abs. 3 Satz 2 GG werden als deplatziert angeführt Art. 7 Abs. 6; Art. 7 Abs. 4 Satz 2; Art. 16a Abs. 4 und Art. 87e Abs. 3 GG.

verfassungsgeschichtlichen Epochen getroffen<sup>267</sup>. Die „Verfassungs-unwürdigkeit“ relativiert sich etwas, bedenkt man die Zeitumstände im auch infrastrukturell noch teilweise zerstörten Deutschland des Jahres 1949<sup>268</sup>.

Bundestagspräsident *Lammert* äußerte seinerzeit, der Schuldenbremse als Ergebnis der Föderalismusreform II nicht zuzustimmen; er befürworte das Projekt politisch, halte die konkrete sprachliche Ausgestaltung jedoch für misslungen; Inhalte würden die Verfassung überfrachten, die dort deplatziert seien<sup>269</sup>. Es muss freilich hinzugefügt werden, dass das Erreichen der erforderlichen Mehrheiten als sicher galt, der Protest insofern also wohlfeil war.

Angesichts solcher Beispiele liegt die Idee nicht fern, in Parallele zur Gesetzgebungslehre als der Lehre von formal guten Gesetzen<sup>270</sup>

267 *Jellinek*, Staatslehre (Fn. 218), S. 533 mit Fn. 1: Dort werden aus der Reichsverfassung von 1871 als „unwichtige“ Bestimmungen der Art. 45, der die Kontrolle des Eisenbahntarifwesens betraf, Art. 25 der Schweizerischen Bundesverfassung von 1874, ein Schächtverbot normierend oder an Bestimmungen, die den Volksschullehrern ein festes Einkommen garantiert, angeführt.

268 Zur historischen Dimension der „Eisenbahnfreifahrt“ *Hermann Butzer*, Diäten und Freifahrt im Deutschen Reichstag, 1999, S. 158 ff.

269 Erklärung nach § 31 GOBT vom 29. Mai 2009, BT-Drs. 16/225, S. 24947 f.: „Für die von der Föderalismusreformkommission vorgeschlagene Neuregelung der verfassungsrechtlich zulässigen Neuverschuldung gibt es auch nach meiner Überzeugung beachtliche Argumente. Die daraus hergeleiteten neuen Verfassungsbestimmungen sind allerdings auch bei Würdigung der vereinbarten Ziele mit ihren konkreten Eurobeträgen, Berechnungsverfahren und Jahreszahlen weder notwendig noch in ihrem Umfang und ihren detaillierten Ausführungsbestimmungen einer Verfassung angemessen. Das Misstrauen, das künftigen demokratisch legitimierten Mehrheiten im Bundestag und Bundesrat und ihren möglichen Gestaltungsabsichten mit diesem Regelungsheerz entgegengebracht wird, halte ich für verfassungspolitisch verfehlt und für historisch unbegründet im Lichte der Erfahrungen einer jetzt 60-jährigen stabilen parlamentarischen Demokratie. Deshalb lehne ich diese Verfassungsänderungen ab, die eine Fehlentwicklung im Umgang mit dem Rang und der Funktion des Grundgesetzes fortsetzen, die der Verfassungsgesetzgeber unbedingt vermeiden sollte.“

270 Zu dieser Funktion von Gesetzgebungslehre *Peter Noll*, Gesetzgebungslehre, 1973, S. 169 ff.; *Georg Müller/Felix Uhlmann*, Elemente einer Rechtssetzungslehre, 3. Aufl. 2013, § 9; zu disziplinären Abgrenzungen *Winfried Kluth*, Entwicklung und Perspektiven der Gesetzgebungswissenschaft, in: Kluth/Krings (Hrsg.),

eine Verfassungsgesetzgebungslehre als Lehre von der wohlformulierten Verfassung zu fordern. Diesen Gedankenstrang können wir jedoch sogleich wieder verlassen, bezieht man die gerade demonstrierte Kontingenz des Verfassungsinhalts ein. Es gehört zu den Paradoxien des Verfassungsrechts, dass es im Entstehungskontext hochgradig zeitgebunden, ja teilweise okkasionell daherkommt, in der Funktion jedoch auf Dauer und Stabilität angelegt ist. Die Kritik an Verfassungsänderungen<sup>271</sup> unter diesen Auspizien ist legitim, eine Verfassungsgesetzgebungslehre wird man daraus nicht entwickeln können. Nach zutreffendem Verständnis kann auch eine Gesetzgebungslehre nichts über den Inhalt von Gesetzen und damit über die normhierarchische Abgrenzung aussagen, sondern befasst sich mit Regelungstechnik u.ä. Letztlich setzt sich der verfassungsrechtlich rahmengebundene politische Prozess durch. Das kann eindrücklich an dem Postulat der „Allgemeinheit des Gesetzes“ demonstriert werden. Als ideengeschichtlich anspruchsvolle Maxime vermag es zu überzeugen, verfassungsrechtliche Folgerungen sind daraus kaum zu ziehen<sup>272</sup>. „Verfassungswürdigkeit“ bzw. „Verfassungsunwürdigkeit“ verbleiben im Bereich der Verfassungspolitik.

#### 4. Die Problematik des negativen Verfassungsvorbehalts

##### a) Verweisungen und Öffnungen des Verfassungstextes als explizite negative Verfassungsvorbehalte?

Das Grundgesetz verweist auf und öffnet sich in beachtlichem Umfang für untergesetzliche wie außernationale Normen. Es überlässt da-

Gesetzgebung, 2014, § 1; zur Kritik an diesem traditionellen Verständnis von Gesetzgebungslehre *Schuppert*, Governance (Fn. 6), S. 25 ff.

271 Vgl. etwa *Kägi*, Grundordnung (Fn. 8), S. 53 ff.

272 Das Bundesverfassungsgericht hat stets sog. Maßnahmegesetze nicht beanstandet, da das Grundgesetz vom formellen, nicht vom materiellen Gesetzesbegriff ausgehe, vgl. BVerfGE 13, 225 (228 f.); 25, 371 (396 ff.); 85, 360 (374) 95, 1 (17); 99, 367 (400); teilweise abweichend *Gregor Kirchhof*, Die Allgemeinheit des Gesetzes, 2009.

mit Regelungsfelder, die ohne weiteres zur Verfassung gezählt werden könnten, anderen Rechtsetzern. In einer konkreten Verfassungsordnung mag man dies als explizite negative Verfassungsvorbehalte einordnen. Bezogen auf unsere Fragestellung nach einem allgemeinen (negativen) Verfassungsvorbehalt sagt dies zunächst wenig aus, denn es ist ja gerade die jeweilige Verfassung selbst, die – mit einer treffenden Formulierung *Josef Isensees* – kraft ihres „Selbststandes“ über diese Öffnung entscheidet<sup>273</sup>.

Das Grundgesetz bildet keine „Kodifikation des materiellen Verfassungsrechts“ sondern kraft Art. 79 Abs. 1 GG allein eine „Kodifikation formellen Verfassungsrechts“<sup>274</sup>. Als Rahmenordnung bleibt es von vorneherein fragmentarisch<sup>275</sup>. Nochmals sei hier mit besonderem Nachdruck auf das Wahlrecht hingewiesen, zumal sich dieses angesichts seiner schlechthin unverzichtbaren Kreationsfunktion zum Kernbereich von Verfassungsrecht zählen lässt<sup>276</sup>: „Die mangelnde Kongruenz von formeller und materieller Verfassung macht es möglich, dass Regelungen des einfachen Rechts wichtiger für die Grundordnung des Staates sein können als Normen des Grundgesetzes.“<sup>277</sup> Umso bemerkenswerter ist daher die jüngste Initiative von Bundestagspräsident *Norbert Lammert*, im Zuge einer auf die absolute Begrenzung der Zahl der Bundestagsabgeordneten zielenden Wahlrechtsreform, erstmals das Wahlsystem der personalisierten Verhältniswahl, die Sperrklausel und die neu zu schaffende Höchstsitzzahl im Grundgesetz ausdrücklich zu verankern. Nach diesem Entwurf soll Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG wie folgt neu gefasst werden: „Die Abgeordneten des Deutschen Bundestages werden in allgemeiner, unmittelbarer, freier, gleicher und geheimer Wahl nach den Grundsätzen einer mit der Personenwahl verbundenen Verhältniswahl gewählt.“ Art. 38 Abs. 3 GG

273 *Isensee*, Selbststand (Fn. 32), S. 326.

274 *Isensee*, Selbststand (Fn. 32), S. 331; *Knies*, Kodex des Staatsrechts (Fn. 162), S. 221 ff.; ferner *Hufeld*, Urkundlichkeit (Fn. 250).

275 *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Die Methoden der Verfassungsinterpretation, in: *ders.*, Staat, Verfassung, Demokratie, 1991, S. 53; vgl. dazu *Manterfeld*, Grenzen (Fn. 227), S. 46 f.

276 *Unruh*, Verfassungsbegriff (Fn. 68), S. 424 f.

277 *Isensee*, Selbststand (Fn. 32), S. 330.

soll dann lauten: „Das Nähere bestimmt ein Bundesgesetz, in dem eine Höchstsitzzahl und eine Sperrklausel festgelegt werden“<sup>278</sup>.

Auf einer grundsätzlicheren Ebene erweist sich gerade in der scheinbaren Unvollständigkeit der formellen Verfassung deren Selbststand. Die Begriffe der Verweisung und Öffnung verhalten sich komplexer zueinander, „wie Ausgang und Zugang“, wie „Auslagerung“ und „Einlagerung“<sup>279</sup>. Gemeinsam ist der Delegation an andere Normsetzer wie der Übernahme von anderen Normsetzern indes die *bewusste* inhaltliche Enthaltung des Verfassungsgebers. Ohne „Auslagerungen“, insbesondere ohne die Delegation von Regelungsmaterien an den einfachen Gesetzgeber ist eine funktionsfähige Verfassung schlechthin undenkbar<sup>280</sup>. Bemerkenswerter sind dagegen Umfang und Gewicht der „Einlagerungen“ in das Grundgesetz. Es lagert aus den verschiedensten, sei es internationalen, sei es intertemporalen Herkunftsrechtsordnungen Regelungsmaterien ein. Exemplarisch sei hier zunächst die Inkorporation der Weimarer Kirchenartikel durch Art. 140 GG genannt, eine „Anomalie“, die die „Transparenz der Verfassungsurkunde“ zwar „trüben“ mag<sup>281</sup>, von *Rudolf Smend* unter die „Verlegenheitsergebnisse verfassungsgebender Parlamentsarbeit“ rubriziert und als Formelkompromiss bezeichnet<sup>282</sup>, handelt es sich in der Tat um die bewusst kompromisshafte Fortführung eines einmal – in der Vergangenheit – gefundenen Kompromisses, nicht zuletzt vor dem Hintergrund der sogenannten Koordinationslehre<sup>283</sup>. Paradigmatisch für die bewusste Öffnung des Grundgesetzes ist allerdings die ihm un-

278 Vgl. <http://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2016/kw15-wahlrechtsreform/418312>, zuletzt abgerufen am 10. Juni 2016.

279 *Isensee*, Selbststand (Fn. 32), S. 332.

280 *Isensee*, Selbststand (Fn. 32), S. 339 ff.

281 *Isensee*, Selbststand (Fn. 32), S. 336.

282 *Rudolf Smend*, Staat und Kirche nach dem Bonner Grundgesetz, ZevKR 1 (1951), S. 1 (11).

283 Vgl. *Christian Waldhoff*, Die Kirchen und das Grundgesetz nach 60 Jahren, in: Hillgruber/Waldhoff (Hrsg.), 60 Jahre Bonner Grundgesetz – eine geglückte Verfassung?, 2010, S. 151 (164 f.).



terliegende Verfassungsentscheidung für die offene Staatlichkeit<sup>284</sup>, die den gesamten Text durchzieht und die ihre jüngste und zugleich weitgehendste Ausprägung in der Neufassung des Art. 23 GG gefunden hat. Auf einer tieferliegenden Ebene öffnet sich das Grundgesetz, wiederum wohl ganz bewusst scheinbar dem Vor-, Nach- und Überpositiven, wenn es sich in Art. 1 Abs. 2 GG zu den unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten bekennt, aber auch wenn es die Menschenwürdegarantie nach Art. 1 Abs. 1 GG<sup>285</sup> an den Anfang und die Lehre von der verfassungsgebenden Gewalt des Volkes in Art. 146 GG an das Ende des Grundgesetz stellt und dieses so einfasst<sup>286</sup> und damit an die Grenzen des Rechts stößt. Diese Öffnung ist freilich nur eine scheinbare, denn mit der Vertextlichung<sup>287</sup> des Grundsätzlichen geht unweigerlich seine restlose Positivierung einher, mit der sich das Grundgesetz das vormals Vor-, Nach- und Überpositive zu eigen macht<sup>288</sup>. Gerade darin bestätigt das Grundgesetz seinen Selbststand.

284 Grundlegend *Klaus Vogel*, Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für eine internationale Zusammenarbeit, 1964.

285 Vgl. *Ulrich Haltern*, Unsere protestantische Menschenwürde, in: Bahr/Heinig (Hrsg.), Menschenwürde in der säkularen Verfassungsordnung, 2006, S. 93 (116 f.); *Christian Waldhoff*, Menschenwürde als Rechtsbegriff und Rechtsproblem, *Evangelische Theologie* 66 (2006), S. 425 (429); ferner *Karl-Heinz Ladeur/Ino Augsberg*, Die Funktion der Menschenwürde im Verfassungsstaat, 2008, S. 1 ff.

286 *Grefrath*, Letztfragen (Fn. 42), S. 247; vgl. auch die Hervorhebung beider Normen bei *Unruh*, Verfassungsbegriff (Fn. 68), S. 358 ff., 390 ff.

287 Vgl. dazu *Haltern*, Menschenwürde (Fn. 285), S. 93 ff.; *Christoph Möllers*, „We are (afraid of) the people“: Constituent Power in German Constitutionalism, in: *Loughlin/Walker* (Hrsg.), *The Paradox of Constitutionalism*, Oxford 2007, S. 87 (96 ff.).

288 Vgl. *Grefrath*, Letztfragen (Fn. 42), S. 229; anders *Kägi*, Grundordnung (Fn. 8), S. 47, der die „Anerkennung vor- und überstaatlicher Werte“ als Wirksamkeitsvoraussetzung von Verfassungen begreift.

b) *Die Problematik der normhierarchischen Hochzonung inhaltlicher Festlegungen – von der etatistischen zur demokratietheoretischen Argumentation*

Der negative Verfassungsvorbehalt fragt auf verfassungstheoretischer Ebene nicht nach „Verfassungswürdigkeit“, sondern nach den Rückwirkungen auf die Verfassungsfunktionen als dem theoretischen Ansatzpunkt zur Beschreibung und Bewertung von Verfassungen schlechthin. Eine Verfassungsfunktionenlehre kann es im Gegensatz zu einer Verfassungsgesetzgebungslehre geben und es sollte sie geben, auch wenn sie – wie dargelegt – in Deutschland traditionell bescheiden daherkommt.

In diesem Kontext können wir eine interessante, im Ergebnis jedoch kaum zufällige Verlagerung der Argumentation bei ähnlichen Schlussfolgerungen konstatieren. Gegen eine materielle Überfrachtung von Verfassungen wurde in Weimar und in der frühen Bundesrepublik mit dem genuin liberal-etatistischen Argument gefochten, die Verfassung dürfe nicht zum „Parteiprogramm“ degenerieren, sei kein politisches Wunschbuch usw. Die Verfassung grenze vielmehr die gesellschaftliche Sphäre der Freiheit von der staatlichen Sphäre ab. Der gesellschaftliche Bereich sei der politischen Gestaltung überantwortet. Vor allem *Ernst Forsthoff* hat diese Argumentation in die Bundesrepublik transportiert. In seinem Beitrag zur Festschrift für *Ernst Rudolf Huber* beschreibt und kritisiert er 1973 ausführlich die normhierarchische Hochzonung mit dem Ziel des Entzugs des normierten Gegenstandes aus dem allgemeinen politischen Prozess durch – auf die Verfassung bezogene – sog. Verankerungsnormen<sup>289</sup>.

289 *Ernst Forsthoff*, Einiges über Geltung und Wirkung der Verfassung, in: FS für Ernst Rudolf Huber, 1973, S. 3 ff.; in diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass Forsthoff generell gegen einen ausgeprägten Vorrang der Verfassung war und eigentlich eine Art Organisationsstatut bevorzugte. Dargestellt etwa auch bei *Stern*, Staatsrecht (Fn. 120), S. 76. Ähnliches berichtet bereits *Jellinek*, Staatslehre (Fn. 218), S. 533 f., von US-amerikanischen Gliedstaaten vor dem Ersten Weltkrieg: „Aus Mißtrauen gegen die Legislaturen und die in ihnen herrschenden Majoritäten ist in den Gliedstaaten der Union eine große Zahl von Gegenständen der einfachen Gesetzgebung entzogen und der Verfassungsgesetzgebung zugewie-

Diese Argumentationslinie war für Weimar in doppelter Hinsicht nicht unplausibel: Mit dem erst allmählich erkannten Durchbruch des Vorrangs der Verfassung angesichts einer neuen Legitimationsgrundlage der Staatsgewalt mussten die zahlreichen Verheißungsnormen konstitutionellen Zuschnitts zunehmend deplaziert wirken; zudem konnten von dem Katalog von Grundrechten, Grundpflichten und Staatszielbestimmungen der Weimarer Reichsverfassung zwar die schlimmsten Übertreibungen *Friedrich Naumanns* („Luftverkehr heißt Zukunft“) ferngehalten werden, die Verfassung enthielt gleichwohl deutlich mehr Leitlinien und Zielvorstellungen, als später etwa das Grundgesetz<sup>290</sup>. Dies war vor allem Folge der Addierung nicht ausgetragener unterschiedlicher Verfassungsvorstellungen; durch die Aufnahme mehr oder weniger aller Forderungen entstand mit dem zweiten Hauptteil ein reichhaltiges Konglomerat nicht nur aus Grundrechten und Grundpflichten, sondern aus Programmsätzen, Gesetzgebungsaufträgen, institutionellen Garantien und auch bloß symbolischen Normen<sup>291</sup>.

sen worden, darunter solche, die in Europa überhaupt nicht durch Gesetz, sondern durch Verordnung geregelt werden würden. Infolgedessen sind die Verfassungen mancher Staaten zu kleinen Gesetzbüchern herangewachsen. Die Entlastung der einfachen Gesetzgebung hat sogar dahin geführt, daß in den meisten Staaten die jährliche Sitzungsperiode der Legislatur abgeschafft wurde, so daß sie nunmehr nur jedes zweite Jahr zusammentritt. Da die Verfassungsgesetzgebung sehr erschwerenden Formen und namentlich der Volksabstimmung unterworfen ist, so ist sie ein bewährtes Mittel, um Gesetze zu stabilisieren und der Willkür zufälliger Majoritäten zu entziehen; auch spielt die Rücksicht auf den Richter, der einfache, aber nicht Verfassungsgesetze (sofern sie nicht gegen die Unionsverfassung verstoßen) für nichtig erklären kann, eine gewisse Rolle in diesem Prozesse der Ausdehnung der Verfassungen, der deutlich beweist, daß sich ihm praktisch keine Grenze setzen läßt.“

290 Zeitgenössische Einschätzung unter dem Leitgedanken der Kompromisshaftigkeit von Verfassungsnormen *Schmitt*, Verfassungslehre (Fn. 7), S. 28 ff; *Kägi*, Grundordnung (Fn. 8), S. 29; bezüglich der Grundrechte *Hugo Preuß*, Deutschlands Republikanische Reichsverfassung, 1921, S. 91; aus der neueren Literatur *Koutnatzis*, Kompromisshafte Verfassungsnormen (Fn. 204), S. 141 ff., auch zur Weimarer Debatte.

291 Näher *Christoph Gusy*, Die Weimarer Reichsverfassung, 1997, S. 272 ff.; ferner auch *Stern*, Staatsrecht (Fn. 120), S. 76 f.

Die traditionell etatistische Argumentation trifft heute nicht mehr den Kern der Sache; der gesellschaftliche Bereich ist zudem keinesfalls mehr so trennscharf von der staatlichen Sphäre getrennt, wie suggeriert wurde und wie es auch kaum je der Realität entsprochen hat. Kongruenz mit der Legitimationsstruktur der Verfassung kann nur über das demokratische Prinzip hergestellt werden – bezogen auf einen negativen Verfassungsvorbehalt nicht in seiner Konkretisierung als demokratisches Verfassungsprinzip, sondern als verfassungstheoretische Kategorie. Erst wann man Recht als in Rechtsform transformierte Politik begreift und damit die prinzipielle Freiheit des Rechtsinhalts im verfassungsrechtlichen Rahmen anerkennt<sup>292</sup>, erschließt sich die demokratiethoretische Dimension des Problems. *Oliver Lepsius* hat dies dann für die Gegenwart unter dem Postulat einer in der Demokratie verankert zu denkenden Rechtswissenschaft ausbuchstabiert: „Eine demokratisch ausgerichtete Rechtswissenschaft wäre skeptisch gegenüber materiellen Festlegungen, wenn sie eine objektive Richtigkeit oder erschwerte Abänderbarkeit beanspruchen. Das heißt: Materielle Entscheidungen gehören auf die Ebene des Gesetzes, nicht der Verfassung.“<sup>293</sup> Die Verfassung ist eben gerade kein Beispiel für die Kodifikation eines Rechtsgebietes<sup>294</sup>. „Aus der formalen Höchststrangigkeit der Verfassung folgt nicht zwingend der Anspruch, alles staatliche Handeln auch umfassend inhaltlich determinieren zu wollen.“<sup>295</sup> Ein jüngeres Beispiel für Forderungen der normhierarchischen Hochzonung einer wichtigen politischen Entscheidung war der Atomausstieg nach den Ereignissen in Fukushima, dessen „Endgültigkeit“ durch seine Verankerung im Grundgesetz verdeutlicht und gesichert werden sollte<sup>296</sup>. Das wäre eine grandiose Fehlleistung gewesen. Der politische Prozess würde durch materielle Anreicherungen des

292 Wichtig, nicht nur in diesem Zusammenhang, *Dieter Grimm*, *Recht und Politik*, JuS 1969, S. 501 (505); zumeist wird *Böckenförde*, *Staatsrecht* (Fn. 162), als wortschöpfend zitiert; zu dem Konzept vertieft *Matthias Jestaedt*, *Grundrechtsentfaltung im Gesetz*, 1999, S. 75 ff.

293 *Lepsius*, *Rechtswissenschaft* (Fn. 5), S. 178.

294 *Knies*, *Kodex des Staatsrechts* (Fn. 162), S. 221.

295 *Möstl*, *Regelungsfelder* (Fn. 88), Rdnr. 34, 41.

296 *Michael Kloepper*, *Herrschaft auf Zeit*, FAZ vom 16. Juni 2011, S. 10.

Verfassungstextes so stetig weiter rechtlich eingeengt, parlamentarische Kompromisse würden erschwert, politische Dynamik abgewürgt. Nicht der Vorwurf von „Verfassungslyrik“ u.ä.<sup>297</sup>, sondern die Veränderung der demokratischen Funktionsweise des Verfassungsstaates ist das Gegenargument gegen eine übertriebene Materialisierung der Verfassung. Das dem entgegenzuhaltende Konzept von der Verfassung als Rahmenordnung für den politischen Prozess impliziert zugleich den notwendig fragmentarischen Charakter von Verfassungen: Der Fundamentalität der politikbezogenen Verfassung korrespondiert ihr fragmentarischer Zug, der bewusst Entscheidungsspielräume offenhält<sup>298</sup>. Die Verfassung hat – anders als dies traditionell für Kodifikationen gedacht wird – grundsätzlich kein System und kennt keine Lücken. Schon *Ehmke* sprach von der „strukturellen Offenheit“ des „nichtkodifizierten Verfassungsrechts“: Bei „Knappheit und relativer Konstanz des Textes der Verfassung einerseits, der inhaltlichen Weite und Unbestimmtheit ihrer Grundzüge andererseits“ ergäben sich besondere Anforderungen an die Interpretation, die daher treffender als Rechtskonkretisierung zu kennzeichnen sei<sup>299</sup>. Im Schrifttum ist daher eine „mittlere Dichte und Bestimmtheit“ des Verfassungstextes gefordert worden<sup>300</sup>. Dies auch in dem Bewusstsein, dass sich rechtlicher Rahmen und politischer Inhalt nicht stets sauber werden trennen lassen<sup>301</sup>, gilt es doch diesen Rahmencharakter zu verteidigen, ggf. wiederherzustellen. Die Verfassung legt Politikziele damit nicht fest, sondern er-

297 Zu entsprechenden Traditionssträngen *Isensee*, Stil der Verfassung (Fn. 3), S. 60 ff.

298 *Böckenförde*, Staatsrecht (Fn. 162), S. 13 ff.; *Peter Badura*, Die Verfassung im Ganzen der Rechtsordnung, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 12, 3. Aufl. 2014, § 265 Rdnr. 18 ff.; *Josef Isensee*, Verfassungsrecht als „politisches Recht“, ebd., § 268 Rdnr. 55 ff.

299 *Ehmke*, Verfassungsinterpretation (Fn. 10), S. 336 f.; aufnehmend und fortführend *Hesse*, Grundzüge (Fn. 51), Rdnr. 60 ff.

300 *Müller*, Rechtssetzung (Fn. 5), S. 132; zur Regelungsdichte vor allem auch *Reimer*, Verfassungsprinzipien (Fn. 226), S. 98 ff.; *Mössl*, Regelungsfelder (Fn. 88), Rdnr. 38 ff.

301 Vgl. etwa *Josef Isensee*, Die Normativität der Verfassung und der politische Prozess, in: *Kimmel* (Hrsg.), Verfassungen als Fundament und Instrument der Politik, 1995, S. 25 (30).

möglichst Politik und erfüllt damit eine pluralismussichernde Funktion<sup>302</sup>.

##### 5. Die Bedeutung der Verfassungsgerichtsbarkeit für die Frage des Verfassungsvorbehalts – Vom Vorbehalt zur Bestimmtheit der Verfassung?

Ist materielles Verfassungsrecht Prüfungsmaßstab für alle staatlichen Akte, insbesondere für die Gesetze im Wege der Normenkontrolle, und existiert eine mit entsprechenden Prüfungs Kompetenzen ausgestattete Verfassungsgerichtsbarkeit, tritt die Konkretheit – in der aus der Lehre vom Vorbehalt des Gesetzes übernommenen Terminologie: die Bestimmtheit – der entsprechenden Verfassungsnormen als Problem in das Blickfeld<sup>303</sup>. Während die Verfassungsfunktionen der Dauerhaftigkeit und Maßstäblichkeit für kurze, programmatische Formulierungen zu sprechen scheinen und, weil die Verfassungskompromisslehre mit dem dilatorischen Formelkompromiss Strategien analysiert hat, wie es trotz politischer Divergenzen zu Verfassungsnormen kommen kann<sup>304</sup>, könnten funktionell-rechtliche Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit für das Gegenteil sprechen<sup>305</sup>. Wenn die inhaltlichen Postulate der Verfassung Prüfungsmaßstab werden, ist eine möglichst konkret-bestimmte Fassung des Prüfungsmaßstabs aus demokratietheoretischen Gründen wünschenswert. Nur so kann eine hinreichende

302 Kotzur, Thematik des Verfassungsgesetzes (Fn. 226), Rdnr. 9, 22.

303 Vgl. wiederum Grimm, Recht und Politik (Fn. 292), S. 509.

304 Koutnatzis, Kompromisshafte Verfassungsnormen (Fn. 204), S. 201 ff., insbesondere S. 229 ff.; begriffsprägend zum dilatorischen Formelkompromiss Schmitt, Verfassungslehre (Fn. 7), S. 32; vgl. ferner allgemein und insbesondere zum US-amerikanischen Extrembeispiel der „gag rules“ Stephen Holmes, Passions and Constraint, Chicago 1995, S. 202 ff., insbesondere S. 215 ff.

305 Lepsius, Rechtswissenschaft (Fn. 5), S. 178, sieht die materielle Aufladung der Verfassung als Vorbedingung für die von ihm kritisierte Funktionsausweitung der verfassungsgerichtlichen Judikatur. Zu funktionellrechtlichen Grenzen im Überblick Klaus Schlaich/Stefan Koriath, Das Bundesverfassungsgericht, 10. Aufl. 2015, Rdnr. 506 ff.

demokratische Rückkoppelung verfassungsgerichtlicher Kontrolle gewährleistet werden<sup>306</sup>. Besteht der verfassungsgerichtliche Prüfungsmaßstab im Wesentlichen aus höchst unbestimmten Prinzipien, die erst konkretisiert werden müssen, kann es zu der fatalen Situation kommen, dass das Gericht nicht nur prüft und kontrolliert, sondern selbst den Maßstab bestimmt. Das ist zwar grundsätzlich bei jeder Verfassungsnorm der Fall und schlägt sich in den sog. maßstäblichen Partien der Karlsruher Urteile erkennbar nieder, stößt im Extremfall jedoch an Grenzen. Die seit einigen Jahren zu beobachtende neue „Kompromisskultur“ bei Ergänzungen des Grundgesetzes, treffend als „neue Technizität des Grundgesetzes“ bezeichnet<sup>307</sup>, ist die Gegenreaktion: Der Verfassungskompromiss wird nun nicht mehr durch weiche, nichtssagende Formulierungen verdeckt, sondern durch möglichst präzise, die nachträgliche Interpretation weitestgehend ausschließende in hohem Maße detailfreudige Vorschriften festgezurr. Zu denken ist an die Integration des sog. Großen Lauschangriffs in Art. 13 GG oder an den sog. Asylkompromiss des Art. 16a GG. Auf staatsorganisationsrechtlicher Ebene könnte die neue Schuldenbremse der Art. 109 Abs. 3, 109a, 115 Abs. 2 GG angeführt werden. Gewissermaßen handelt es sich um eine Art „Anti-Talleyrand“: Wird dem französischen Diplomaten das Bonmot zugeschrieben, wonach Verfassungen kurz und unklar sein müssen, bedeutet dies, dass Verfassungen Interpretationsspielräume durch eine hohe Detaildichte begrenzen sollen. Es liegt auf der Hand, dass sich derartige Entwicklungen mit Verfassungsfunktionen wie Fundamentalität und damit zusammenhängend Dauerhaftigkeit reiben. Aber mehr noch, sie verschärfen auf durchaus dramatische Art und Weise den ohnehin bestehenden grundlegenden Konflikt zwischen Volkssouveränität und Verfassung, zwischen Demokratie

306 Vgl. zu diesem Spannungsverhältnis *Dieter Grimm*, Reformatisierung des Rechtsstaats als Demokratiepostulat?, JuS 1980, S. 704 ff.

307 *Michael Brenner*, Die neuartige Technizität des Verfassungsrechts und die Aufgabe der Verfassungsrechtsprechung, AöR 120 (1995), S. 248 ff.; *Andreas Voßkuhle*, Verfassungsstil und Verfassungsfunktion, AöR 119 (1994), S. 35 ff.

und Konstitutionalismus<sup>308</sup>. Verfassungsstaatliche Demokratie und demokratische Verfassung lassen sich in zuspitzender Beschreibung auf den ersten Blick als ein unauflösbares Paradoxon bezeichnen<sup>309</sup>. Doch dieser erste Blick trügt, denn gerade die Demokratie bedarf der Verfassung, der „zweistufigen Legalität“, ohne die sie schlechterdings nicht fähig wäre, rechtsförmig zu handeln<sup>310</sup>. „Sobald religiöse und naturrechtliche Legitimationsmuster versagten und Recht auf Autorität statt Wahrheit gegründet werden mußte, wurden auch Regeln darüber erforderlich, wer Recht setzen durfte und welches Verfahren er dabei zu beobachten hatte.“<sup>311</sup> Der – potentielle<sup>312</sup> – Gegensatz von Demokratie und Verfassung ist folglich weder begrifflicher noch prinzipieller Natur, sondern alleine eine Frage des Maßes. Je detaillierter der Regelungsduktus und je materieller der Regelungsinhalt ist, desto größer wird die Bindung zukünftiger Entscheidungen und desto kleiner wird das Feld des Politischen. Doch auch die Bestimmung dieses Maßes ist, wie nicht oft genug betont werden kann, Resultat demokratischer Entscheidungen<sup>313</sup>, sei es der verfassungsgebenden Gewalt des Volkes, sei es des demokratisch legitimierten verfassungsändernden Gesetzgebers. Gerade in der einhegenden Verfasstheit des Mehrheitswillens demonstriert der demokratische Verfassungsstaat, dass seine Herrschaft nur eine zeitliche ist<sup>314</sup>, dass seine Glieder nicht auf ewig gebunden werden. Wenn man so will, lässt sich das scheinbare Paradoxon von Demokratie auf paradoxe Art und Weise doch wieder ent-

308 *Holmes, Passions* (Fn. 304), S. 134 ff.: „Constitutionalism, from this perspective, does appear essentially antidemocratic. The basic function of a constitution seems to be negative: to *remove* certain decisions from the democratic process, that is, to tie the community's hands.“ (Zitat S. 135, Hervorhebungen im Original)

309 *Holmes, Passions* (Fn. 304), S. 137: „For a surprisingly large number of serious thinkers, then, constitutional democracy remains a paradox, if not a contradiction in terms.“

310 *Grimm, Reformalisierung* (Fn. 306), S. 708; vgl. *Holmes, Passions* (Fn. 304), S. 161 ff.

311 *Grimm, Reformalisierung* (Fn. 306), S. 708.

312 Bereits der Tendenz nach anders aber *Kägi, Grundordnung* (Fn. 8), S. 38, 152 ff.

313 *Kägi, Grundordnung* (Fn. 8), S. 38, 152 ff.

314 *Kägi, Grundordnung* (Fn. 8), S. 38, 152 ff.



wirren<sup>315</sup>, gerade ohne auf naturrechtliche Vorstellung zu rekurrieren<sup>316</sup>: Die Idee der Verfassung selbst ist ein „Entparadoxierungskonzept“<sup>317</sup>.

Es gibt jedoch noch einen zweiten Zusammenhang zwischen Verfassungsgerichtsbarkeit und Verfassungsvorbehalt. Nur der verfassungsändernde Gesetzgeber ist (zumindest theoretisch) in der Lage eine Rechtsprechung des Verfassungsgerichts auszuschalten. Das ist – entgegen manchmal geäußerten Ansichten – durchaus legitim. Wenn, um ein Beispiel heranzuziehen, das Bundesverfassungsgericht ein interpretatorisch zwar plausibles, im Text des Grundgesetzes jedoch nicht aufscheinendes „Verbot der Mischverwaltung“ postuliert<sup>318</sup>, kann nur – darf aber auch – der verfassungsändernde Gesetzgeber mit den erforderlichen breiten Mehrheiten für einen bestimmten, im Normtext definierten Bereich mit Art. 91e GG genau dies zulassen. Es wäre demokratietheoretisch nicht plausibel, dies nicht zu erlauben. Als zentrales Korrektiv für eine ausbrechende oder auch eine legitime Verfassungsjudikatur ist eine entsprechende Befugnis demokratietheoretisch unverzichtbar.

## 6. *Einflüsse der Inter- und Supranationalisierung auf notwendige Verfassungsinhalte*

Die bisherigen Überlegungen könnten dem Einwand ausgesetzt sein, dass der fehlende normative Rahmen für die verfassungsgebende Gewalt antiquierten Vorstellungen entspreche und aus der internationalen und supranationalen Ebene durchaus Vorgaben für konkrete notwendige Verfassungsinhalte folgten. Von völkerrechtlicher Seite wird etwa

315 Holmes, Passions (Fn. 304), S. 176: „To preserve voluntariness, voluntariness itself must be restricted.“

316 So aber Kägi, Grundordnung (Fn. 8), S. 158 ff.

317 Luhmann, Errungenschaft (Fn. 67), S. 185.

318 BVerfGE 32, 145 (156); 39 96 (120); 41, 291 (311); differenzierter 63, 1 (37 ff.); ausführlich Isensee, Föderalismus (Fn. 246), Rdnr. 188 ff.

auf das *ius cogens* hingewiesen<sup>319</sup>. Die schweizerische Bundesverfassung bindet explizit jede Änderung (einschließlich der – freilich von der Verfassungsneugebung abzugrenzenden – Totalrevision) an das zwingende Völkerrecht<sup>320</sup>. Daher werfen wir abschließend noch einen Blick auf etwaige derartige Vorgaben. Ich beginne mit dem Völkerrecht.

Die Völkerrechtsordnung beruht trotz aller Wandlungen und Entwicklungen auf souveränen Staaten. Diese sind im Wesentlichen die Völkerrechtssubjekte, sie werden vorausgesetzt und weder konstituiert noch determiniert. In den Worten eines deutschen Standardlehrbuchs des Völkerrechts:

„Die Existenz des Staates i.S. des Völkerrechts, also namentlich auch seine Bindung an das Völkerrecht, ist unabhängig von der Beschaffenheit seiner inneren Ordnung. In der Gegenwart hat zwar die Staatsgewalt durchweg das Bedürfnis, sich durch ihre Übereinstimmung mit dem Volkswillen zu legitimieren. Aber es gibt auch in der Gegenwart Herrschaftssysteme, deren Legitimität, an diesem Maßstab gemessen, zweifelhaft scheint. Das Völkerrecht mischt sich darin nicht ein. Wo sich allerdings ein Staat gegen den Widerstand des Volkswillens durchsetzt, ist die ‚Effektivität‘ seiner Herrschaftsgewalt freilich mit besonderer Sorgfalt zu prüfen. Wenn sie aber besteht, ist ein Staat i.S. des Völkerrechts doch vorhanden. Nicht auf die Art seiner Entstehung und seine Legitimität kommt es an, sondern darauf, daß er da ist.“<sup>321</sup>

Anschaulich wird von der „Verfassungsblindheit des Völkerrechts“ gesprochen; sie wird als zwingend angesehen, da andernfalls innere Umbrüche – z. B. Revolutionen – die völkerrechtliche Bindung beeinflussen könnten. Dazu nochmals *Jost Delbrück/Rüdiger Wolfrum*: „Denn ließe die Revolution die internationalen Rechte und Pflichten der Staaten erlöschen, so müßte damit die innere Ordnung der Staaten ihren rein nationalen Charakter verlieren; dann ließen sich Änderung oder Umsturz der Verfassung nicht mehr der Kontrolle internationaler Instanzen, z. B. ihre Bedeutung und Tragweite nicht mehr der Nachprüfung durch die internationalen Gerichte, entziehen. Eine derartige

319 Vgl. etwa *Matthias Herdegen*, Grenzen der Verfassungsgebung, in: *Deppenheuer/Grabenwarter* (Hrsg.), *Verfassungstheorie*, 2010, § 9 Rdnr. 1, 6, 22 ff., 35 ff.

320 Art. 193 Abs. 4 und 194 Abs. 2.

321 *Jost Delbrück/Rüdiger Wolfrum*, *Völkerrecht*, Bd. 1 Teilband 1, 2. Aufl. 1989, S. 132 f.

Praxis ist trotz der Öffnung des innerstaatlichen Bereichs gegenüber dem Völkerrecht – etwa auf dem Gebiet des Menschenrechtsschutzes – bisher nicht nachweisbar.“<sup>322</sup>

Ob und wie das Verfassungsrecht sich für Völkerrecht öffnet, ob ein monistisches oder dualistisches Verhältnis von Völker- und Landesrecht verfolgt wird, ist zunächst autonome Entscheidung der jeweiligen Verfassungsordnung. Art. 25 GG ist signifikantes Element der vielbeschworenen Völkerrechtsfreundlichkeit unserer Verfassung, mit dieser Norm steuert jedoch die Verfassung, welches Völkerrecht in welchem Rang innerstaatlich zu beachten ist. Lediglich in den Bereichen, die für den völkerrechtlichen Verkehr wichtig, ja notwendig sind, werden bestimmte Strukturen erwartet bzw. vorausgesetzt. So wird das Amt des Staatsoberhauptes<sup>323</sup> – „Head of State“ – namentlich durch Art. 7 Abs. 2 lit. a des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge<sup>324</sup> und deutlicher noch durch Art. 14 Abs. 1 litt. a und b des Wiener Übereinkommens über diplomatische Beziehungen<sup>325</sup> vorausgesetzt<sup>326</sup>. Das führt etwa dazu, dass in der Organstruktur der schweizerischen Verfassungsorgane das Amt des Bundespräsidenten,

322 Delbrück/Wolfrum, Völkerrecht (Fn. 321), S. 139 f.

323 Hierzu und im folgenden vgl. Christian Waldhoff/Holger Grefrath, in: Friauf/Höfling, Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Loseblattsammlung, Art. 54 Rdnr. 3 ff., 12 (Stand der Kommentierung: 27. Lieferung Juli 2009).

324 BGBl. 1985 II, 927; UNTS Vol. 1155, 331.

325 BGBl. 1964 II, 358; UNTS Vol. 500, 95.

326 Vgl. Alfred Verdross/Bruno Simma, Universelles Völkerrecht, 3. Aufl. 1984, § 877, S. 560; Karl Doehring, Völkerrecht, 1999, Rdnr. 482; Robert Jennings/Arthur Watts, Oppenheim's International Law, Bd. 1, 9. Aufl. 1992, S. 1033 ff.; zu den praktischen Problemen, welche die Bestimmung des Staatsoberhauptes machen kann, Dieter Schröder, Die Bestimmung des Staatsoberhauptes der sozialistischen Staaten im Völkerrechtsverkehr, AVR 1988, S. 169 ff.; Roman Herzog, Art. „Staatsoberhaupt“, in: Evangelisches Staatslexikon, Bd. 2, 3. Aufl. 1987, Sp. 3436.

das strukturell gar nicht vorgesehen ist<sup>327</sup>, zwischen den sieben Bundesräten im Jahresturnus rotiert.

Sieht mithin das Völkerrecht die Verfassung eines Staates mehr oder weniger als „black box“, mutiert im supranationalen Kontext der Europäischen Union die „Verfassungsblindheit“ gleichsam eine Stufe darunter zur von *Hans Peter Ipsen* treffend so bezeichneten „Bundesstaatsblindheit“. Gleichwohl bleibt die Einmischung in die übrige Verfassungsstruktur begrenzt. Die seit der Vertragsrevision von Lissabon in Art. 2 EUV als eine Art Homogenitätsgebot zwischen Union und Mitgliedstaaten normierten „Werte der Union“ (Menschenwürde, Freiheit, Demokratie, Gleichheit, Rechtsstaatlichkeit, Menschenrechte, Minderheitenschutz) „sind allen Mitgliedstaaten“ „gemeinsam“. Das erinnert in gewisser Weise an das Homogenitätsgebot aus Art. 28 Abs. 1 GG. Normativ werden diese Postulate im Rahmen der Beitrittsvoraussetzungen nach Art. 49 EUV sowie im Kontext von Art. 7 EUV virulent, auf dessen Grundlage es zu Überprüfungen, Ermahnungen und ggf. auch dem Entzug mitgliedschaftlicher Rechte kommen kann. Zudem werden etwaige Anforderungen durch den ausdrücklich auf die „grundlegenden [...] verfassungsmäßigen Strukturen“ der Mitgliedstaaten bezogenen Identitätsschutz aus Art. 4 Abs. 2 EUV ausbalanciert. Spätestens hier werden die grundlegenden Unterschiede der Integrationsverträge zu den bisher besprochenen Verfassungen deutlich: Das Fehlen von Universalität und Kompetenz-Kompetenz, d.h. die fehlende Möglichkeit der Selbstkonstituierung als in Entstehung wie

327 *Fritz Fleiner/Zaccaria Giacometti*, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 1949, S. 601 f.: „Die Übertragung des Bundespräsidiums an alle Bundesratsmitglieder hängt teilweise damit zusammen, daß mit diesem Amt außer dem Bundesratsvorsitz wenige Befugnisse verbunden sind. Dies erklärt sich aus den herrschenden demokratischen Anschauungen des Landes, denen die Machtkonzentration in einer Person widerspricht. [...] Im übrigen steht der Bundespräsident gleichzeitig einem der sieben Departemente vor und findet dort das Feld seiner Haupttätigkeit. Angesichts dieser geringen Kompetenzen ist das Bundespräsidium mehr oder weniger identisch mit dem Bundesratspräsidium und der Ausdruck ‚Bundespräsident‘ stellt daher eher die Bezeichnung eines Titels als eines Amtes dar. Eine Integration der Eidgenossenschaft durch den jeweiligen Bundespräsidenten kann infolgedessen auch nur in geringem Maße in Frage kommen.“

Wirken abgeleitetes Konstrukt stellt die Frage nach einem Verfassungsvorbehalt für die europäische Ebene – unabhängig von der m.E. nach wie vor schiefen Redeweise von einer „europäischen Verfassung“ – gänzlich anders: Das fundamentale Prinzip der begrenzten Einzelmächtigung einerseits, die sich allenfalls unwahrscheinlich bildende europäische verfassungsgebende Gewalt andererseits führen zu einem hoffentlich strikten Vertragsvorbehalt. Die im Ausgangspunkt kompetenzielle Funktion des Prinzips der begrenzten Einzelmächtigung erweist sich auch als materielle Figur, weil die „Staatsaufgabendiskussion“ hier mit der Kompetenzfrage in eins fällt. Anders gewendet: Auch hier zeigt sich die Kategorie des Verfassungsvorbehalts als sehr viel treffsicherer Indikator zur Beurteilung des Integrationsstandes, als es affirmative Integrationskonzepte je könnten. Davon wiederum abzugrenzen sind Bemühungen, im Sinne eines *effet utile* die Mitgliedstaaten – wie dies Bundeskanzlerin *Merkel* im sog. Stabilitätspakt versucht hat – zu zwingen, bestimmte vereinbarte Inhalte gerade auf Verfassungsstufe umzusetzen und damit festzuschreiben. Dieses großangelegte Placebo ist in der Sache jedoch schon deshalb verfehlt und kann gar nicht funktionieren, weil eine derartige Festlegung von der konkreten Funktion der einzelnen mitgliedstaatlichen Verfassung, insbesondere auch von Existenz, Kompetenzen und Aktivität einer Verfassungsgerichtsbarkeit abstrahiert.

Bliebe noch die zwischen Völker- und Unionsrecht angesiedelte Ebene der EMRK. Da der supranationale Charakter dieses Menschenrechtsbündnisses im Zusammenhang mit dem Europarat sehr viel dünner ausfällt als derjenige der EU, wäre es sinnwidrig, wenn der Einfluss auf die konkreten Verfassungsordnungen der Mitgliedstaaten größer wäre. Gleichwohl wird über die Konventionskonformität etwa des in die Schweizer Verfassung aufgenommenen Minarettverbots diskutiert und – wesentlich gravierender – gibt es ein Skandalurteil, mit dem die Verfassung von Dayton zur Befriedung Bosnien-Herzegowinas für EMRK-widrig erklärt wurde<sup>328</sup>.

328 Näher *Christopher McCrudden/Brendan O'Leary*, *Courts and Consociations: Human Rights versus Power-Sharing*, Oxford 2013, S. 67 ff., 93 ff.

Nur hingewiesen werden kann darauf, dass auch internationale Menschenrechtsverbürgungen regelmäßig auf die organisatorische Verwirklichung ihrer Postulate hinweisen und sich damit, freilich in gewisser inhaltlicher Unschärfe und diskussionsfähiger Bindungskraft, in die Tradition des bereits zitierten Art. 16 der Déclaration von 1789 stellen. „Jeder Mensch hat Anspruch auf eine soziale und internationale Ordnung, in welcher die in der vorliegenden Erklärung angeführten Rechte und Freiheiten voll verwirklicht werden können“, lautet Art. 28 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte vom 10. Dezember 1948 und deren Art. 21 fordert die Teilhabe am öffentlichen Leben sowie freie Wahlen. Diese Postulate erscheinen wahrscheinlich notwendig, weil den internationalen Pakten im Gegensatz zu Vollverfassungen von Staaten der organisatorische Ankerpunkt gerade fehlt oder abstrakter formuliert: Der institutionelle Rahmen der normativen Postulate ist eine notwendige Bedingung für deren Erfolg.



## V. Schluss: Verfassungsinhalt und Verfassungsfunktion

Die Dramaturgie des vorliegenden Textes könnte man wie folgt zusammenfassen: Ausgangspunkt war eine schillernde Kategorie; diese konnte in mehreren Schritten dekonstruiert werden; der dogmatische Gehalt des Verfassungsvorbehalts geht danach gegen Null; gleichwohl hat sich die Figur heuristisch als wertvoll für neue Perspektiven auf zahlreiche sonst unterbelichtet bleibende Phänomene in und um Verfassungen herum erwiesen, ohne dass es greifbare Rechtsfolgen gäbe oder geben müsste. Der Verfassungsvorbehalt kann nur auf theoretischer Ebene sinnvoll entfaltet werden und verweist damit auf die Verfassungsfunktionenlehre. Nicht normative Vorgaben, sondern typologisch geleitete Kontextualisierung erschließt die Bedingungen für Verfassungsinhalte. Eine ausgearbeitete materiale Verfassungstheorie ist nun freilich – und daran hat sich seit der Klage *Horst Ehmkes*<sup>329</sup> und anderer nicht viel geändert – weiterhin Desiderat. Dem konnte auch hier nicht abgeholfen werden. Anders als *Böckenförde* bei seinem Würzburger Vortrag über die verfassungsgebende Gewalt des Volkes, ist der Verfassungsvorbehalt nicht als Grenzbegriff des Verfassungsrechts, sondern als Kategorie zwischen Verfassungsrecht und Verfassungstheorie zu verorten.

329 *Horst Ehmke*, *Wirtschaft und Verfassung*, 1961, S. 3 f.; *Grimm*, *Verfassungsfunktion* (Fn. 226), S. 313.







*Prof. Dr. Christian Waldhoff*

### *Curriculum vitae*

1965	geboren in Paderborn
1984–1990	Studium der Rechtswissenschaft in Bayreuth, Fribourg und München
1990	Erstes Juristisches Staatsexamen in München
1990–1994	Juristischer Vorbereitungsdienst mit Stationen an der Hochschule für Verwaltungswissenschaft, Speyer, und am Bundesverfassungsgericht, Karlsruhe
1994	Zweites Juristisches Staatsexamen in München
1994–2000	Wissenschaftlicher Assistent am Institut für Politik und Öffentliches Recht der Universität München bei Prof. Dr. Dr. h.c. Klaus Vogel und Prof. Dr. Moris Lehner
1996	Promotion in München
2000–2002	Habilitationsstipendium der DFG
2002	Habilitation an der Juristischen Fakultät der Universität München; <i>venia legendi</i> für die Fächer Staats- und Verwaltungsrecht, Steuerrecht, Europarecht, Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte der Neuzeit
2002–2003	Lehrstuhlvertretungen in Erlangen und Bayreuth
2003	Rufe an die Universitäten Bonn und Bayreuth
2003–2012	Inhaber eines Lehrstuhls für Öffentliches Recht und Direktor des Kirchenrechtlichen Instituts an der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bonn; 2010–2012 zugleich stellvertretender Direktor des Käte Hamburger-Kollegs „Recht als Kultur“
seit 2012	Inhaber eines Lehrstuhls für Öffentliches Recht und Finanzrecht an der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin

## *Ausgewählte Veröffentlichungen*

Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Steuergesetzgebung im Vergleich Deutschland – Schweiz, München 1997.

Staat und Zwang. Der Staat als Rechtsdurchsetzungsinstanz (= Schönburger Gespräche zum Thema Recht und Staat, Bd. 11), Paderborn 2008.

Die innerstaatlichen Grundrechte als Maßstab der Außenpolitik?, in: Josef Isensee (Hrsg.), Menschenrechte als Weltmission, Berlin 2009, S. 43–79.

Der Widerstand gegen den Nationalsozialismus und das Grundgesetz, in: Der Staat 49 (2010), S. 51–76.

Verfassungsgeschichte und Verfassungstheorie, in: Otto Depenheuer/Christoph Grabenwarter (Hrsg.), Verfassungstheorie, Tübingen 2010, § 5 (S. 119–152).

Die Entstehung des Verfassungsgesetzes, in: Otto Depenheuer/Christoph Grabenwarter (Hrsg.), Verfassungstheorie, Tübingen 2010, § 8 (S. 289–348).

Neue Religionskonflikte und staatliche Neutralität: Erfordern weltanschauliche und religiöse Entwicklungen Antworten des Staates? Gutachten D zum 68. Deutschen Juristentag, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des 68. Deutschen Juristentages, Berlin 2010, Bd. 1: Gutachten, München 2010, S. D1–D176.

Recht als Religion – ein Forschungsprojekt, in: Werner Gephart (Hrsg.), Rechtsanalyse als Kulturforschung, Frankfurt a.M. 2012, S. 161–178.

Lob und Kritik der Dogmatik: Rechtsdogmatik im Spannungsfeld von Gesetzesbindung und Funktionenorientierung, in: Gregor Kirchhof/Stefan Magen/Karsten Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik?, Tübingen 2012, S. 17–37.

(Hrsg.), Gnade vor Recht – Gnade durch Recht?, Berlin 2014.

Der Wahrheitsanspruch der Religion und die Relativität des Rechts, in: Werner Gephart/Jan Christoph Suntrup (Hrsg.), Rechtsanalyse als Kulturforschung II, Frankfurt a.M. 2015, S. 223–241.

(Hrsg.), Recht und Konfession – Konfessionalität im Recht? (= Schriftenreihe des Käte Hamburger Kollegs „Recht als Kultur“), Frankfurt a.M. 2016.

Katholische Elemente in der Staatsrechtslehre?, erscheint in: Historisches Jahrbuch 2016.